

## 近親者のための保証契約と良俗性：特に親子関係のあり方をめぐって

著者	佐藤 啓子
雑誌名	東京商船大学研究報告．人文科学
巻	48
ページ	61-88
発行年	1998
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1342/00000581/">http://id.nii.ac.jp/1342/00000581/</a>

## 近親者のための保証契約と良俗性 —特に親子関係のあり方をめぐって—

佐藤 啓子

### Eine Bürgschaft eines volljährigen Kindes für seine Eltern und Sittenwidrigkeit von Hiroko Sato

#### Zusammenfassung

Diese Abhandlung ist eine kurze Einführung in die deutsche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft eines volljährigen Kindes für seine Eltern.

Erst die Freiheit, für oder gegen eine vertragliche Bindung zu entscheiden, sowie die uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit der Rechtsfolgen, die sich aus der Verpflichtung ergeben, ist eine Rechtsfertigung dafür, den Bürgen trotz der ihn außerordentlich belastender Rechtsfolgen an der selbstverantwortlich getroffenen Entscheidung festhalten zu lassen. Auf der anderen Seite fordert eine Bank oft den Kreditnehmer auf, die Bürgschaft vor einem volljährigen Kind für seine Eltern beizubringen.

Die frühere BGH-Rechtsprechung setzte voraus, daß ein Volljähriger im Geschäftsverkehr im allgemeinen auch ohne besondere Erfahrung in der Lage sei, zu erkennen, daß die Abgabe einer Bürgschaft ein riskantes Geschäft ist. Außerdem könne es nach dieser Meinung nicht anerkannt werden, daß die Bank die Unerfahrenheit des erwachsenen Kindes ausgenutzt habe, obwohl es sein mag, daß familiäre Hilfsbereitschaft das Kind dazu bewogen habe, eine Bürgschaft für Eltern zu übernehmen(BGHZ 106, 269).

Die heutige BGH-Rechtsprechung geht davon aus, daß die Bürgschaft in einem Umfang, der die gegenwärtigen und zukünftig zu erwartenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse weit übersteigt, nichtig gemäß § 138 I BGB sein kann, wenn der Bürge durch weitere Umstände in einer dem Gläubiger zurechenbaren Weise zusätzlich erheblich belastet wird, die zu einem unerträglichen Ungleichgewicht der Vertragspartner führen. Solche Belastungen könnten sich insbesondere daraus ergeben, daß der Gläubiger die geschäftliche Unerfahrenheit oder eine seelische Zwangslage des Bürgen ausnutzt oder auf andere Weise ihn in seiner Entscheidungsfreiheit unzulässig beinträchtigt. Der BGH erkennt auch an, daß ein junger Erwachsener, der in der Regel noch über geringe geschäftliche Erfahrungen verfügt, in seiner Situation ist, in der er von seinen Eltern geboten wird, zu deren Gunsten eine Haftung für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften zu übernehmen, an denen er selbst kein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat. Diese Gefahr, nicht frei und nüchtern zu entscheiden, sondern über den Wunsch der Eltern aus einer seelischen Zwangslage heraus ohne größere Überlegung zu entscheiden, führt dazu, daß die genannten Umstände nicht ohne Einfluß auf die Rechtsbeziehung des Bürgen zur Gläubigerbank bleiben (BGH NJW 1994,1341).

Einen Wendepunkt der Rechtsprechung markiert der BVerfG-Beschluß (BVerfGE 87,214), seit dem der BGH seine Rechtsprechung in Zusammenhang mit § 1618a BGB bringt. In der Abhandlung lege ich die Unterschiede von Funktion und Tragweite der Beistands- und Rücksichtspflicht in Deutschland (§ 1618a BGB) und der Hilfspflicht in Japan (§ 730 des japanischen BGB) dar.

## 第1章 序

家族の一員が、十分な担保を供することができるだけの資産を持たないにも関わらず、外部者と金銭消費貸借契約を締結し信用供与を受けようと欲する場合、融資意欲のある銀行はその者の家族(多くは妻や子)に保証契約をさせることで融資を行うことがある。このような保証契約を締結する保証人には、実は十分な資産がないこともある。

このような保証契約は、債権者から見れば、保証そのものというよりも、精神的には家族が保証人になっていることで債務者がまじめに支払うことや、そして債務者から他家族構成員への財産移転の予防という機能、というより財産を移転してもむだになるのでそのようなことをしなくなるであろうということを期待して締結される。主債務者は保証を家族に頼むとき、債務を真摯に受けとめるであろうことが予想される。そして債権者の側からの見解によれば、主債務者に経済的に依存している家族は、融資から何らかの利益を受けていることになる<sup>1)</sup>。

銀行から家族の保証を求められれば、信用を受けようとしている者(以下信用受領者)は、保証がなければ融資が受けられないであろうという虞を抱くであろう。そして、特に保証人と予定されている者が経済的に信用受領者に依存している場合、保証人の側から見れば、保証契約を拒否する自由はなきに等しい事案もあるかもしれない。しかし、信用受領者が支払不能に陥ったとき、保証人は重い負担を負う。この債務は一生かかっても払いきれないことさえあるのである。

両親が融資を受けるときには子の保証を求めることは、ドイツでは頻繁に行われているようである<sup>2)</sup>。このような保証契約をめぐるのは、ドイツでは連邦通常裁判所(以下BGHと略す)が多くの判決を出している。保証法を管轄するBGH民事第9部は従来、事案を詳細に検討しながらも保証を無効とする主張を認めなかった。しかし近時、連邦憲法裁判所(以下BVerfG)の決定をきっかけに、BGH民事第9部は、特に親(または親の経営する会社)の受けた融資のために子が締結した保証契約を、一定の場合には親子の顧慮義務(1618a条)を参照しつつ、無効とする判決を集積しつつある。

この論文は、特に年若い子による親のための保証契約についての判例集積についての紹介である。本来ならば親が子の保証人となる場合、祖父母と孫の場合や夫婦の場合、双方が連帯債務の場合なども述べるべきではある。特に、夫の融資のために妻が締結した保証契約や連帯債務契約の有効性が個々の事例によって異なって判断されていること、しかも、良俗違反ではないが行為基礎論による無効は認める判決もあることは指摘されねばならない。しかし、筆者の問題意識との関係で、ここで主題として扱うのは、親または親の会社が信用を受けるために成年の子を保証人とした場合、その保証契約が信義則違反にあたるかどうか争われた事例のBGH判決およびBVerfG決定に限り、(a)(b)…として引用する。そして夫婦間の事例は必要な範囲で触れるにとどめ、主要な裁判例のみ注または本文で〈a〉〈b〉…という記号をつける。

## 第2章 以前の連邦通常裁判所(BGH)民事第9部判決

まず、BGB138条、つまりドイツ民法での良俗違反の条文を紹介する<sup>3)</sup>。

BGB138条1項 善良の風俗に反する法律行為は無効である。

2項 特に、誰かが他人の強制状態、未経験、判断能力の欠如または意思薄弱につけこんで、自分自身または第三者に、ある給付について財産上の利益を約束または提供させ、この財産的利益が給付に対して著しくアンバランスであるときには、この法律行為は無効である。

1項は日本の民法90条の良俗に当たる部分とそれほど違わない。目を引くのは2項の存在である。2項の内容

のような行為を暴利行為(Wucher)という。ただし、2項は単なる例示であって、問題となっている行為が1項にあたれば良俗違反で無効とされる。

本論文で扱おうとする保証の事案は、BGH内部では民事第9部の管轄となる。最初、民事第9部は、このような保証契約を信義則違反とすることについて懐疑的であった。代表的判決二つを以下に紹介する。この論文では主債務者をH、保証人をBと表している。

- (a) BGH Urt. vom 19.1.1989 (BGHZ 106,269 = NJW 1989,830 = JZ 1989,494 = LM § 765 BGB Nr.62 = WM 1989,245)

B<sub>1</sub>B<sub>2</sub>は、1983年6月にXに対して、父Hの銀行関係から生じる債務について、利子、費用と共に極度額350,000DMの保証をした(連帯保証ではない)。Hの妻も保証人となり、又土地債務も設定されている。当時B<sub>1</sub>は21歳の学生、B<sub>2</sub>は20歳の生徒(アビチュア受験生)であった。Hは建築家であり、Xから350,000DMの信用を受け、それによりHは宅地を買い、改装して住宅を造るつもりであった。この住宅は特に学生の宿泊所となることになっていたので、Hにはこの目的物について相当な額の公費を約束され、更なる公費も期待できた。Hが返済しなくなったので、Xは信用を解約した。この土地に立っている建物は「中核の部分が取り除かれていた」。この土地は強制競売されたが、その収益を算入しても、1986年8月にはHへの融資のうち243,400DMが残っていた。Xはこの額及び利息を保証人としてB<sub>1</sub>B<sub>2</sub>に請求した。

LGは請求を基本的に認めたが、OLGはそれを棄却した。本件保証契約は良俗違反で無効である。保証は信用を担保するという目的を持つ。B<sub>1</sub>B<sub>2</sub>の保証はその目的を満たすことはできない。なぜならば、B<sub>1</sub>B<sub>2</sub>は財産がなく未だに教育を受けているからである。まさしくやっと成年になったばかりのBらは、Hに対する家族関係に基づき明らかな道徳的圧力の下にあった。法的拘束力を伴う建築への経済的な参加への話し合いはなされなかった。

Xの上告は認められた。

Bらは保証の意思表示の時には成年であった。成年者は取引において一般的に、特に経験がなくとも保証行為は危険な取引であることを知っている状態にあると認めるべきである。Bらの学生ないしアビチュア受験生という教育状態によれば、このことは保証意思表示の時にBらにとってもあてはまる。

Bらの保証がXに価値の低い担保しか提供しないことはあり得る。本部は「反社会性」を保証の際の消費者保護的良俗違反性の基準として認めることができない。私的自治の一部としての契約形成の自由は、全ての完全な行為能力者にとって、特に有利な条件の下でしか履行できない給付の債務を負うという法的権限を含む。給付が一般的に言って可能である限り、債務者の支払不能は、彼により締結された契約の有効性に影響しない。XがここでBらの未経験につけ込んだとは、当該事実関係によれば認められない。家族としての親切心が、Hつまり父のための保証をするようにBらを動かしたということはあるかもしれない。しかしこのことは保証を良俗違反とはしない。ここでXがBらに対して何らかの圧力を行使したとは全く主張されていない。法律行為は、内容、目的、動機の総括から推測されるべき総合的な性格によれば良俗に反するときのみ、良俗違反により138条1項に基づき無効になる。ここでは保証の性格に異議を唱えることができない。保証は法律により予定されている信用手段である。Bらの保証の目的と動機は、Hが利益が挙げられるだろうと見込んでいた土地取引のための信用をHに得させることであった。そのためにBらはリスクを引き受ける覚悟をしていた。原審とは反対に、本部は総合的な観点から、良俗違反への立脚点を確定できない。

- (b) BGH Urt. vom 16.5.1991 (NJW 1991,2015 = LM § 765 BGB Nr.74 = WM 1991,1154)

Bの両親はH会社の共同経営者であり、父はその経営主であった。BはXに対するH会社の債務を100,000DMまで保証する旨の契約をし、さらに(Bの父では健康上の問題があったので)Bは自ら生命保険に入

りそれから生じる債権をXに譲渡した。契約当時HのXに対する債務は200,000DMを越えていて、その後Hは支払不能となった。XはBに対して被担保債務の支払を求めた。請求認容。

原審が、Bの保証が有効であると判断したのは適切である。

上告は、Bが保証契約締結の時に財産がなく、債務は決して支払えないか、特に有利な状況の下でしか履行できないので、保証契約は無効であるという。この上告で主張された見解は本部の判例と矛盾している。判例によれば、成年は、特別な経験がなくとも原則的に、保証意思表示と結びついたリスクを知り彼の行為の射程距離を適切に評価できる状態にあるということを前提とすべきである(判決(a), (e))。したがって、個々人には、リスクの多い行為をし、特に有利な条件の下でのみ、場合によっては支払不能の収入を継続的に用いることにより支払うことができるような債務を負うことも、私的自治の一部としての契約内容の自由に基づき、可能である(判決(a), (e))。保証約束をする彼の能力を問題とするようなBの個人的な特別な状況は、彼の年齢と学生としての教育中の身を顧慮しても、契約締結時には存しない。

保証の目的と動機は、Xに、経営を行うためにHに更に融資をさせることであった。このこと自体は特に問題になり得ない。その他にも、Xは保証債権者として、Bの引き受けるリスクについて特に説明する義務を負ってはいなかった(判決(a), (e))。Bが保証契約締結時に特記すべき財産を持っていなかったという事実も、ここでは良俗違反の理由となりない。なぜならば、Bの財産事情の更なる発展は完全に周知のことだったからである。Bは教育終了後父の経営するH会社に入る予定であることはXに知らされていた。Bが両親に対する家族の親切心により保証約束を行ったのかもしれないという事実も、保証契約の良俗違反までには至らない(判決(a))。

上告は判例文献によるこの部の従来の判例に対するさまざまな批判を援用するが、それにより判断は変わらない。138条1項からも、契約締結時に特記すべき財産を持たない主債務者の家族による保証約束の無効が一般的に推察され得るわけではない(Knütel)。一部にこれに反対する主張がある。それによれば、債権者が契約締結時の保証人の年齢と財産事情を知っていたかという問題に関わらず、この保証債務の引受により保証人が一生債務を負うであろうと予見されるときには、良俗違反性は常にあるとされる。その根拠は、保証契約により保証人だけが債務を負い、債権者はただ債権だけを負うことから、債権者が銀行であるときには、債権者は保証人の側での信頼に相応して、保証人に対して特別な注意と顧慮をする義務を負うからである(Reinicke/Tiedtke)。このような見解は、保証契約は第三者の債務について保証するにとどまるものであるということを見落としている(判決(a), (e); Medicus, Eckert)。保証人が保証により請求されないことを望むならば、主債務者の信用状態への信頼と、場合によっては保証リスクの評価の誤りに依拠すべきである。債権者は保証を要求することにより、まさしく自己の担保利益を認識し、主債務者を無制限に信頼しているわけではないということを表明しており、これとは反対に債権者について特別な信頼を引き起こす原因は何もない。

結局、138条1項による良俗違反は、若い成年に達している者が重く危険な債務を負う可能性を問題とすることや、最初から、債権者による精神的強制状態につけ込んだことにより主債務者の近い家族が保証をしたことを前提とすることを、根拠とすることはできない。そこまで138条1項の適用を拡張すれば、市民全体の私的自治の制限につながり、社会の基本的要請と合致しない。このような制限は保証人の基本権の侵害への予防にもならない。判決(a)において消費者保護の良俗違反の基準となる反社会性を認める理由がない。最低限の生活という憲法的要請は、強制執行法の差し押さえ防止規定により、場合によっては倒産法(Insolvenzordnung)に新規定を入れることによって考慮されるべきである。契約両当事者には、契約締結時に給付可能性の評価をゆだね、債務者には後の強制執行の際に初めて実際に必要な保護を与えるのが賢明に思われるからである。

以上の2判決は以下の四つの視点から下されているといえることができる。

- ① 私的自治の原則から、全ての成人は非常に重い債務をも負担することができる。
- ② 成人ならば、保証は危険な行為であることを知っているはずである。
- ③ 親から子への圧力はなかった。
- ④ 銀行の説明義務ないし顧慮義務はなかった。

これらは夫婦間の保証行為とおよそ同様の判示である<sup>9)</sup>。

### 第3章 配偶者のための重量的債務引受に対するBGH民事第11部の判決

このような民事第9部の判決に対して、類似の事件を担当するBGHの他の部はどうか。古くは民事第8部が、年若い成人が保証により機械的に責任を負うかについて、債権者が履行可能性について十分吟味しなかったことを理由に否定している<sup>5)</sup>が、残念ながら親子については適切なBGH判決が見あたらない。ここでは、夫婦の連帯債務についての判例を紹介する。担保を提供する場合、金融機関によって傾向があり、金融機関によっては担保の形式が連帯債務となるか保証となるかは単なる偶然によって決められるに過ぎないとされている<sup>6)</sup>。したがって、親子の事件でもこれらの判決はよく引用されている。

民事第3部は、共同生活のための家具を購入するための消費貸借契約で、非婚パートナーが連帯債務を負ったときに、民事第9部に追従している<sup>7)</sup>。しかし銀行法を担当する民事第11部の参考判決〈c〉・〈e〉では、夫婦の連帯債務についての良俗違反成立の基準が、若干第9部の保証についての判決と食い違うように見える。まず参考判決〈c〉について紹介する。

〈c〉 BGH Urt. vom 22.1.1991 (NJW 1991,923 = LM §55 GewO Nr.8 = WM 1991,313 = ZIP 1991,224)

この事案は、夫が自己の企業を拡張するために銀行から計65,000DMの信用を受けるのに、妻を保証人することで担保を提供したという事例である。実際には夫が口座から超過引出をしたため、債務は132,990DMにのぼった。

BGH民事第11部の判決のポイントは、およそ以下に集約される。a 保証人である妻は合意をした当時、職業を持たない主婦として、自己の収入も特記すべき財産も持たなかった。彼女の子が将来就職できたときにも、彼女の個人的事情により彼女の労働収入は低いことが予想されるので、彼女が近いうちに債務を弁済することは不可能であろう。このことは合意をしたときにも既に予想できた。b BGHのこれまでの判例によれば、財産のない信用受領者が、引き受けた債務を決して支払えなかったり、特に有利な条件でのみ履行できないということが予想できたとしても、それだけを理由として、信用契約が良俗違反であり無効であるとみなすべきではない(判決(a), 〈b〉, (e))。c 既に民事第3部の判決〈b〉では、消費貸借受領者の経済的過重負担はいずれにせよ他の行為事情とあいまって、消費貸借契約の法的有効性を総合評価に基づいて否定することを正当化しうる、ということが確認された。私的自治は自由主義社会の構成要素であり、その枠内にある諸規定を国は原則的に顧慮しなければならない。けれども契約平等が妨げられている事案では、裁判官は138条や他の一般条項を適用する義務を負う。d この事案では、特に以下の状況から銀行の求めに応じて成立した妻の共同責任についての合意を、138条1項に従い無効と評価するのが正当である。

a a 借金は夫の営業のためだけに使われた。妻は夫の経営判断に参加していなかった。この企業が最終的には夫に彼の家族扶養義務の履行を可能にしないしは容易にするとともに、妻は信用供与から直接的利益を個人的に得ていなかった。b b 妻の共同責任に際して、銀行の保護に値する利益は認められない。信用受領者からその配偶者へ財産移転がなされることがあるのでそれを予防するという目的は、具体的原因なしに

完全な共同責任を要求するのを常態化するのを正当化しない。故意的な財産移転に対しては、取消法(AnfG)<sup>8)</sup>と826条<sup>9)</sup>が適切な保護を提供している。c c 銀行は、夫への信用供与を、婚姻関係に基づく彼の妻への影響力を行為することにかからしめた。妻は、彼女の夫が彼女に対し、彼女の署名によって彼女は彼に彼女の愛を証明できると説明されて初めて、信用申込書を共同に署名するのをあきらめた。全ての状況を総合的に評価すると、原審が妻の敗訴の根拠とした合意は良俗違反と評価すべきである。

この判決では、保証債務ではなく連帯債務が問題になっている。しかし妻はその利益を明らかに享受しておらず、実質的には夫のみが信用で与えられた金銭を使っており、実際には連帯債務が保証よりも強力な担保として使われている。事案の特性が似ているだけに、民事第11部との判決と食い違いが見られるという指摘は、民事第9部も意識していたようで、判決(b)は以下のように、方向性の違いを否定する<sup>10)</sup>。

#### 判決(b)続き

上告理由に援用されている判決(c)も、これまでの判例の原則を変える要因とはならない。この判決は、本部の判例に対しなされている批判の検討を自制してやめ、学説中でそれに賛成している意見に言及しなかった。この判決の事案で138条1項での良俗違反を肯定するに至った事情からは、本判決と関係する点は何も導き出されない。特に、BがH会社やその経営判断に参加していたか、ないしは、彼が信用供与から直接個人的利益を得ていたかは、関係ない。保証契約には対価性が欠けているので、これらの点は考察されない(判決(a))。また、保証債務に基づくBの責任に際して、Bの保護に値する利益は否定され得ない。確かにXにとって当該保証は、契約当時には価値の低い担保でしかなかったのかもしれない。しかし、Bの更なる人生は全く決まっていなかったし、特に、彼の両親の経営する会社へ入る可能性があるように見えるときには、Bは職業教育終了後いつか債務を完全に履行できるかもしれないという可能性は最初から排除できなかったように思われる。最後に、H会社への信用供与を更なる担保をたてることにかからしめたことにより、Xが保証人としてのBの責任を得たという事情は、保証約束の良俗違反を推定する理由にならない。不適切な方法で保証の意思表示をするようBに圧力がかったというには、根拠がないことは明白である。

この判示を受けて、民事第11部もやはり民事第9部とはそれほど自己のスタンスは変わらないのだという判決を下している。参考判決(e)である。これも、夫の企業のために妻が連帯債務者となった事案である。この事件で民事第11部は、最終的に良俗違反であるという妻側の主張を退けているにも関わらず、その結論に至るまで詳細な論述を展開する。その要点は以下の通りである。

- (e) BGH Urt. vom 24.11.1992(BGHZ 120, 272 = NJW 1993, 322 = LM §138 [Bc] BGB Nr.75 = ZIP 1993, 26)

被担保債務は保証人の夫の所有する企業のための50,000DMである。夫は破産し債務残高は39,280DMに達した。信用当時無職だった妻には、現在パートで月手取り630DMの収入がある。

BGH第11部は以下のように判示した。a 出発点は、リスクの多い行為を行うことは、私的自治の一部である契約自由に基づいて、全ての成年者に許されていなければならないという原則である。しかし、収入や財産のない近親家族の連帯債務という一定の事案群で、138条1項により契約自由という一般原則の例外を確立するという必要性は、民事第9部も認めている。民事第9部のこれまでの裁判例から、判決(c)を否定することはできない。b 判決(c)から、どのような状況の下で配偶者の連帯債務のときに138条1項の適用が考察されるかを、個々の事例を越えて考察することができる。a a 良俗違反の経済的負担超過を

援用する配偶者は、その者が債務の引受の際に特記するような範囲では自己の収入や財産から履行できなかったことだけではなく、このことが近い将来変わると予想できなかったということも主張し証明しなければならない。b b 経済的な過重負担を金融機関は知っていなければならない。しかしいずれにせよ、更なる特別な状況がつけ加わる必要がある。したがって特に、配偶者に不適切な形で負担をかける連帯債務を負わせることにより、金融機関からあるいはその知恵で第三者から投入された資力は否定すべきであり、したがって、このような法律行為は、内容と成立の総合的評価から良俗違反とすることが正当である。例えば、一方配偶者が、婚姻の愛と親切心へのアピールによって、金融機関への弁済をほとんど見込めない、それでありながらその配偶者にとって破滅的であり得る連帯債務を引き受けるよう心を動かされたときにも、138条1項の適用は正当化されうる(判決〈c〉, Westermann)。このように、精神的強制状態につけ込むことは、否定すべきであると本部は解釈する。c c このb bで説明した状況が存在したとしても、他の特別な事情により、金融機関の措置は異なって評価されうるので、138条1項が適用されない可能性がある。したがって、信用が他方配偶者だけの処分に供されるべきだったのか、それとも両者が共通にその使用法について決めるか少なくとも連帯債務を負っている配偶者にその使用から直接的な固有の利益が生じるのかによって、配偶者の連帯責任への要求は異なって判断される。また、本部は、信用受領者から今のところ収入も財産もない配偶者への財産移転を避けるという目的だけでは、不適切な手段でもたらされた無制限の連帯債務は正当ではないという解釈に固執する(判決〈c〉)。取消法や826条の規定は信用供与者の保護として弱いことはわかるが、このような保証の合意を有効と認め、その後結果をまだ支持できる程度に制限するということは期待されるべきではない。

bで説明した判断基準を本件事案に適用すると、原判決の棄却には至らない。原審は、当時28歳のYが近いうちに職業につくであろうこと、そしてそこから、この間にパート勤めをする可能性が既にあったことが示唆されていたことを予見するのは可能であったと判示した。これは正しい。また、上告は、原告の知恵で夫が、彼女に署名させるために、彼女の未経験または、自己の利益や経済的独立と、感情的顧慮との間の衝突における彼女の精神的強制状態につけ込んだことをも根拠にしなかった。

判決〈e〉で着目されているのも、やはり判断自由の有無である。ただし判決〈e〉をもって、財産のない家族の連帯保証についても、保証と同様に良俗違反は例外であることが統一の出発点であることになったとされる<sup>11)</sup>。

民事第11部判決で、親子での連帯責任を問われた事例を参照することはできなかった。対等な重さとなる連帯責任は、債権者から見ても年齢の違いにより財産面経験面で差のある親子には、そぐわないのかもしれない。実際、連帯債務の形での実質的な担保提供は、特に夫婦と婚約者に多いと言われている<sup>12)</sup>。保証よりも重い責任を生じさせる重疊的債務引受の事例では、より無効を導き出す必要性の強い事例も起きうるであろう。

#### 第4章 以前のBGH民事第9部判例に対する学説の反応

第2章で紹介した判例に対しては消極的な賛成意見も見られる。例えばKnütelは、138条の要件はこのような事例では存在せず、また138条はこの問題を処理するのにふさわしくないと述べる<sup>13)</sup>。Eckertも過重負担は良俗違反を構成し得ないとする<sup>14)</sup>。更にMedicusは保証契約は片務契約であることを強調し<sup>15)</sup>、また保証契約自体は良俗違反としなくても強制執行法上の差し押さえ保護規定で十分だと主張する<sup>16)</sup>。もっともBVerfGの出した決定(d)は、BGHが断定的な表現をしているにも関わらず、これらの学説は全て、個々の事例に入念な総合評価をしたという示唆も付け加えている。例えばHaunは、判決〈b〉と判決(a)は、更に他の状況があれば良俗違反が成立しうることを示唆していたと指摘する<sup>17)</sup>。

そしてBVerfGによれば、これらの民事第9部の判例に否定的な見解が多数説である<sup>18)</sup>。



一番消極的な反撃は Westermann による。判決では(e)で引用されていることだが、銀行が、弁済の見込みのためには特に有益ではないが(保証)債務者にとっては破滅的な実体法上の拘束をしたことだけが、つまづきの原因であると彼は述べる。その上、債務者の家族への個人的な影響力とその者を経済的に害するのではという不安を自らの利益に組み入れた、という銀行への非難もつけ加わる<sup>19)</sup>。彼は、このような保証は財産移転を予防するための行為であるので原則的に請求免除特約(Pactum de non petendo)が付加されているものとして解釈べきであり、若く教育を未だ受けている者の保証では、主債務者が倒産した場合には、近い将来差し押さえ可能な財産全てをもって主債務者のために保証することになるつもりではなかったと構成することで無効を認めようとするのが彼の見解である<sup>20)</sup>。

次に Bender は、民事第9部が形式的すぎると攻撃し、判決(a)に対して具体的な試算をしてみせる。彼によれば、二人の息子が30歳を過ぎてから結婚し、二人の子供を持って、大学卒業者の平均給与を得ている場合、差し押さえ可能な額は二人併せて月約1,200DMであるという。それに対して、遅延利息は年間24,000DMであり、二人の息子が大学を卒業するまでの遅延利息だけで500,000DMが見込まれる。もし彼らが40歳のときに、各自月3,000DMにまで上がっている利息を差し押さえ可能な収入から支払おうとするならば、彼らは、例えばOLGの裁判部の長官になるなどして、大卒の平均を超える収入を得なければならない。それでも保証債務を一生払い続けなければならないという<sup>21)</sup>。このような負担の重さは、Wochner や Reinicke/Tiedtke も指摘している<sup>22)</sup>。

更に疑わしいのは、若い成人は一般的に、保証がリスクの大きい行為だということを理解しているかである<sup>23)</sup>。ここから BGH への反対論者は、暴利行為つまり138条2項の精神に立ち返ることを主張する。138条2項は例示に過ぎないので、対価関係がなくとも総合的評価により、138条1項による良俗違反は論じうる<sup>24)</sup>。例えば Reinicke/Tiedtke は、138条2項は確かに双務契約を前提としているが、未経験へのつけ込みは片務契約でも起きることを強調し<sup>25)</sup>、更に具体的に Wochner が、138条2項の反対給付を財産的利益を読み替えて検討することを提案する<sup>26)</sup>。もっとも、リスクの大きい行為だということを理解していたとしても果たして保証債務負担を避けることができるか、という点も問題であるが、この点についての検討は判決(i)を待たねばならない。

銀行の説明義務についても、強者である銀行は、法的弱者である保証人に対して容赦なく自己の権利を行使することはできず、むしろ特別な配慮義務を負うべきという指摘が Reinicke/Tiedtke によりなされた<sup>27)</sup>。この見解は判決(b)でも反対説として引用されている。

一番根本的な指摘は、Derleder の主張した憲法上の問題である。まず彼は、BGH は従来の取引保証についての判例の結果を私的な保証に移し替えただけであり、それでは社会的な保護の間隙が発生していないかと問う<sup>28)</sup>。彼は、私的取引への統合という段階において若い青年に利益になる私的自治の制限が問題になっている限りににおいて、一般的な行為自由だけではなく一般的な人権(ドイツ基本法(以下 GG) 1条1項に関連する GG 2条1項)の影響を受けると指摘し<sup>29)</sup>、経済的弱者である若い青年にとっては、成年に達した後でも未だ信用に関する経験が欠けている場合、生計を立てようとするのを頓挫させるであろう取引債務を負わなくてよくするという実効的な憲法的保護が必要である<sup>30)</sup>。更に、判決(a)が差し押さえ禁止規定は GG 1条2条を十分考慮していると述べたことを攻撃し、このような論拠は、教育を終了しようとか、働き始めようとか、社会的安定を得ようとか、家族共同体を作ろうとかしている若い成人の状況を根本的に誤解していると言う<sup>31)</sup>。

## 第5章 連邦憲法裁判所(BVerfG)によるBGH民事第9部判決への憲法判断

この論文で扱う事案に関連して既に、社会福祉国家原則(GG20条1項)の下では債務者は、過重な債務から解放されるべきではないかが問われ、BGH 民事第9部はそれに対して裁判官はこのような解放をする義務を負っていないと判示していた(判決(e))。

ある契約がなされたとき、現代においては当事者双方の無制限な契約自由は保障し得ない。しかし、良俗性や

信義誠実を解釈する基準の大きな一部分を占めるのも、契約自由の原則である。私的自治の原則とそれに基づく契約自由の原則は、GG 2 条 1 項及び20条 1 項に即して解釈される。GG 2 条 1 項、20条 1 項及びBGB242条は以下のような条文である。GG 1 条 1 項も併せて訳出する<sup>32)</sup>。

GG 1 条 1 項 人間の尊厳は侵すことができない。それを顧慮し保護することは全ての国家権力の義務である。

GG 2 条 1 項 全ての者は、他人の権利を侵害せずかつ憲法秩序や道德律に抵触しない限りで、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

GG20条 1 項 我が国は民主的な社会福祉連邦国家である。

BGB242条 債務者は、取引慣行を顧慮し信義誠実の要求に従って、給付を行う義務を負う。

一方、もし憲法違反の民事裁判が出されたとしても、BVerfG は民事裁判の結果に無制限に介入するのではない。BVerfG によれば、「憲法はすべての領域の権利について、憲法上の基本的判断を含む。この基本的判断は、民法の一般条項を解釈する際にも意義を持つ。したがって民事裁判所は憲法に基づき、一般条項の解釈を適用するときには基本権を『方針』と考える義務を負う。もし民事裁判所がこの点を誤り、それにより一方訴訟当事者に不利に判決するならば、その者の基本権を侵害することになる。けれども憲法裁判所は、単一の権利の解釈と適用を、原則的に再吟味すべきではない。憲法裁判所は単に、基本法的規範と基準の考察を通常裁判所を通じて保障する義務だけを負う。憲法裁判所が修正しなければならない憲法違反の開始点は、問題となっている判決が基本権の意義、特に保護領域の範囲について根本的に正しくない解釈に基づいた誤った見解をとり、又この誤りが実質的意味においても具体的に法的事案にとって若干の重みを持っているときに、初めて到達する。」(決定(d)より抄訳) このような範囲の中で、民事裁判の結果の違憲性について BVerfG が判断を下すことができる<sup>33)</sup>。

そこで、妻による夫の債務の保証、及び子による父の債務の保証の2件の事件で、良俗違反が成立しないと判示され敗訴した二人から憲法異議が出され、BVerfG は決定(d)において、全く別個の当事者、別個の事件である両者の憲法異議に、まとめて答える形で、内容に立ち入り検討した。その結果、前者の判決は合憲、後者の判決は違憲とする決定を下した。その中で親子に関する部分を(d)として紹介するが、その前にこの(d)で合憲性を争われているBGH判決を(c)として紹介する。また、その後同様のBVerfG決定が出されているので、その原審たるBGH判決を(e)、BVerfG決定を(f)として訳す。

この違憲判決が出るにあたって、当時の法務大臣が実務に呼びかけるとい背景もあったと言われている<sup>34)</sup>。また(d)訴訟では、連邦法務大臣自ら判決(c)を違憲と述べている。

(c) BGH Urt. vom 16.3.1989 (ZIP 1989,629)

憲法異議申立人Bの父Hは当初不動産ブローカーであった。1982年にHはX都市貯蓄銀行に彼の融資限度50,000DMを100,000DMにするよう求めた。X銀行が担保を求めたので、当時21歳だったHが付帯費用を含めて極度額100,000DMの保証証書にサインした。それに基づき極度額の引き上げは承認された。Bは全く財産を持っていなかった。彼女は職業教育を受けておらず、主には無職で、保証意思を表明した時には魚加工工場で月に手取りで1,150DMの収入があった。1984年10月にHは不動産取引をやめ、船主となった。X銀行は船の購入のために130万DMを融資した。1986年12月にXが融資を解約したときには240万DMが未済であった。X銀行は保証に基づきBに請求すると通知した。BはXに対して保証の無効を求める確認訴訟を提起し、Xは支払を求める反訴を提起したが、後に本訴は取り下げられた。

LGでXは勝訴したが、OLGは、X銀行側の説明が「この書類により生じる債務は大したものではない。この書類への署名は記録のためだけに必要なのだ」との趣旨であったことを理由にXの請求を棄却した。

BGH は以下の理由で OLG 判決を取り消し、第一審判決に対する控訴を棄却した。a 18歳以上の成年者は、一般に、特別な取引経験がなくとも、保証意思表示が責任リスクを作るものであることを知っている(判決(a))。保証人の、自分に請求されないであろうという期待は、行為基礎とはなり得ない。b 都市貯蓄銀行の代理人の発言にもかかわらず、Bは自分がHのために債務を保証しなければならないことを知っていた。従業員が、Bの知っている経済的リスクに影響を及ぼすようなことは何もしなかったことを、OLGは看過している。保証は片務契約であり、債権者には通常情報提供義務も保証人の知識状態を知る義務もない。彼女の父の取引の進展と、それによる彼女の将来の責任リスクは、Bが保証人として自ら注意すべきであった。

(d) BVerfG Beschl. vom 19.10.1993(BVerfGE 89,214 = ZIP 1993,1775)

この事件は、信用を受けた者の家族が収入も財産も持っていないのに保証人として高額の責任リスクを負うときに、民事裁判所はいかなる範囲で憲法に基づいて銀行との保証契約に内容コントロールをする義務があるかに関する。

金融機関の担保実務では、消費者信用及び中規模企業との取引信用では、家族と保証契約を締結するのが通例となっている。その際、その家族の収入財産事情を吟味しないままであることがしばしばある。この種の契約の目的は責任財産を拡張することだけではなく、財産移転を防止し、家族を参入させることによって信用を受けた者をして入念な財産運営をさせるということもある(ドイツ連邦銀行連盟の宣言による)。

この10年の間、民事裁判所は、若い成人が、自分自身はほんの少しの収入しか自由にならないにもかかわらず彼らのパートナーまたは両親の銀行信用のために保証をしたことから、絶望的な過重債務を負ったケースに関わることが増えつつある。

Bは憲法異議により、社会福祉国家原則と関連して、GG 1条1項と2条1項に基づく基本権を侵害されたとし、以下のように主張している。1条1項の結果、個人々人を経済的困窮から守る義務が存在し、2条1項からは、契約自由は権利濫用に至ってはならないことが導かれる。後者は特に、市場を支配している企業の反社会的行為に対して、従属的な契約当事者を守ることにあてはまる。裁判所は、契約締結者の物的な処分の自由を強く制限するためその者がもはや人間らしく生きられないような契約を、認めるべきではない。100,000DM という額と8.5%の利息が保証されているとき、月当たりの利息負担は708DM となる。このような利息を負担できるだけのためでも、Bは当時の ZPO の基準によれば手取り月約1,800DM の収入が必要である。しかし保証意思表示の時点で彼女の差し押さえ可能な収入は414DM であった。1991年10月からは彼女は一人の息子のシングルマザーとなった。彼女は社会保障と扶養料で生活している。1992年1月までに、債務残高は160,000DM に膨れ上がった。彼女がこのような債務をいつか支払えるだろうとは思えない。

連邦法務大臣は連邦政府のために、以下のように主張している。保証人が生涯にわたって債務超過になるような場合であっても、原則的には裁判官は個々の事例のすべての事情を評価した上で保証契約が有効であるかどうかを判断しなければならない。裁判所はその際基本権を顧慮しなければならない。BGH 民事第3部による138条の解釈適用(判決(b))については問題はない。文献によれば、一方の契約当事者が高額の債務を負い、既に契約締結時にそれが決して返済できないことが明らかであるときには、法律行為の良俗違反性が吟味されるべきとされているが、主債務者と共同責任者の二人でなら十分な収入があり、両者が一つの婚姻生活共同体または婚姻類似の生活共同体で生活しているときにはこのような状況は存在しない。後々の支払困難が考えられる行為の時に、ただそれだけで良俗違反を推定することは誤りである。そのような判決は、財産や収入の少ない者の融資を受ける自由を制限する。危機に陥った債務者に人間の尊厳の伴う生活を確保するという課題は、第一に強制執行保護規定により実行される。それで不十分なこともあるので、今倒産法改革の枠内で改革が提案されている。しかし、この事案の判決は、GG 2条1項で保証されている取引

の自由と、同20条1項の中に定着している社会福祉国家原則に抵触している。担保されている融資はHの取引だけのために定められ、Bには直接的利益をもたらさなかった。X銀行の保護に値する利益は、認めるべきではない。Bは保証契約締結の時に、本当に少ない、長くは続かないかもしれない収入しか自由にできず、財産も全く処分できなかった。Bは近いうちに特に有利な状況がつけ加わらない限り、いつか期限の来ている利息を支払える状態ではなくなるのが明らかであった。Bは、一生いつまで立っても自己の生活費を自分で支弁できず、被担保債務から解放されないことが予想される。

BVerfGはBの申立を認め、BGHに事件を差し戻した。

憲法異議は、規範的根拠を非難しているのではなく、むしろ一般条項、特にBGB138条と242条の解釈適用に関する。これらを具体化する時には私的自治の憲法上の保障と人格権一般が顧慮されなければならない、というのがその主張である。異議申立の事案ではBGHの判決は支持できない。

本件保証契約は、日常的な信用担保とは本質的に異なる。Bはそこで、担保されている信用に際し自己の経済利益を得ることなしに、非常に高いリスクを引き受けた。Bに対する請求という事態に至ったとき、彼女の人生の終わりまで、自己の力では引き受けた債務負担から解放されないであろうことは、最初から予想でき、金融機関にとっても容易に確認できた。このような事情の時には、契約締結の状況と理由をどうしても問わねばならないところであった。Bは下級審で、X銀行が契約前の顧慮義務に違反し彼女の取引未経験につけ込んで自己の利益を押し通したと主張していた。これについてBGHは、保証契約の内容コントロールをしようとしなかった。両当事者が契約の締結と内容について事実上自由に判断できたか、そしてそれがどのような範囲だったかという問題を、BGHは考えなかった。この点で、基本権として保障されている私的自治への誤解がある。

BVerfGの従来とっている判例によれば、個々人による法律関係の意思的な形成は、一般的な行為自由の一部である。GG2条1項は私的自治を「法律生活における個々人の自己決定」として保障する。

私的自治は必然的に制限され、又法的整形を必要とする。したがって私法秩序は、憲法による秩序に適合する、互いに調和している規制と形成手段のきめ細かなシステムからなっている。しかし立法者は私的自治を勝手に扱い基本権的保障を空洞化することはできず、整形が必要なときには、基本権を客観法上有利に扱うよう拘束されている。立法者は法的生活における個々人の自己決定に対し、適切な活動領域を設定しなければならない。

私法秩序の整形という義務と同時に、立法者には実際上の整合性という問題が生じる。私法的な取引には、同等の順位を持つ基本権所持者が参加しており、さまざまな利益としばしば対立する目的を追求している。対立している基本権の状況は、相互に影響しあうべきであり、またすべての当事者にとって可能な限り広く有効となるよう制限されるべきである。契約法では、適切な利益調整は契約当事者の一致している意思から導き出される。もし契約当事者の一方が優位であるため契約内容を事実上一方的に決められるときには、これは結果的には他方契約当事者にとっては他者の決定となる。確かに法秩序は交渉力の平等が多かれ少なかれ侵害されているすべての場合についてあらかじめ配慮できはしない。法的安定性という根拠を考えると、契約は交渉力の平等が妨げられているとき全てで事後的に問題にされ訂正されるべきではない。しかし、一方契約当事者の構造的劣性が認められるという類型化可能な事例型が問題となっており、契約の結果が劣勢となっている契約当事者に非常に負担をかけるものであるときには、私法秩序はそれに反応し訂正を可能にしなければならない。このことは私的自治の基本権的保障(GG2条1項)と社会福祉国家原則(GG20条1項、28条1項)から導かれる。

現行契約法はこのような要請を満たす。このような関連において民法の一般条項は中心的意義を持つ。138条2項の文言はこのことを特に明確に表現する。一方契約当事者が必然的に交渉で劣勢となる原因とな

るような典型的な諸事情がここでは示され、またそれに加えて彼の未経験も典型的な事情の一つである。優位に立つ契約当事者が自己の利益を人目を引く方法で一方的に達成するために、劣勢にある者の弱さにつけ込むならば、このことにより契約は無効になる。BGB138条1項は全く一般的に、良俗違反に無効という結果を結びつける。さまざまな法律効果が242条から生じる。民法学は結果として、信義誠実の原則は契約形成力の内在する限界を示しており、契約を裁判官がコントロールする権限の根拠となることに、一致して賛成している。したがって民事裁判所は、一般条項の解釈適用をするときには、契約が他者の決定の手段として機能しないよう顧慮すべき義務を負う。もし契約の内容が一方について非常に負担がかかり、利益調整として不適切であるように見えるならば、裁判所は「契約は契約だ」という確認で満足してはならず、むしろ、構造的に不平等な交渉力の結果であるのかについて明らかにし、場合によっては現行民法の一般条項の枠内で訂正しなければならない。この私的自治の基本権的保障に対する違反は、契約不平等が全く見受けられないとき、あるいはその解消が役に立たない方法により試みられているときにこそ考察される。

BGHは明らかにこのような違反をしている。本件の保証意思表示は、双方の利益が一致しリスクの見通ししやすい普通の契約が締結されているかのように評価された。Bが交渉力の弱さを裏付けようとした全ての論拠は、彼女が成年であり成立しているリスクについて自ら確認すべきであったということを理由に拒否された。これは十分ではない。Bが本保証契約により自己の経済的利益なしに引き受けた責任リスクは非常に高く、それどころか並外れて見積もりにくかった。しかも、担保されている取引債務の境界付けが全く欠けていた。加えて、保証法の保護規定が合意により排除されていたことを顧慮するならば、Bは実際彼女の父の共同出資者のように責任を負うことになっていたことが明らかとなる。保証額は、被担保債務についてのみ極度額が定められていた。かなりの額の融資の費用と利息が、算定根拠が保証契約で証明されないまま計算に入れられることになっていた。しかも、担保されている取引債務の境界付けが全く欠けていた。このリスクの異議と規模は、取引の経験のある人でさえ評価するのが難しい。まだ21歳のBは資格のもらえる職業教育も受けておらず、彼女にとってそれら(リスクの意味と規模)は実際見通せるものではなかった。このように、一方当事者の劣位が明らかである場合には、契約がどのような方法で成立したか、及び、特に優位に立つ契約当事者がどのような態度をとったかが、決定的に重要である。それにも関わらず、BGHは金融機関の説明し唆義務を全て否定した。それに加えて、銀行員は「あなたは大きな債務を負うのではない」と言いながら行った強要を、BGHは大したことではないと受け取った。これは適切ではなく、原理的に私的自治の基本法的保障について誤っているので、判決は存続できない。一般的な人権の侵害が考察されるかどうかは、したがって判断されないままにしておいてよい。

- (e) BGH Urt. vom 28.2.1989 (BGHZ 107,92=NJW 1989,1276 = LM § 138 [Aa] BGB Nr.38 = WM 1989,480 = BB 1989,731)

両親  $H_1, H_2$  が X 銀行から受けた自宅建築のつなぎ融資のために、娘  $B_1$  とその婚約者  $B_2$  が 260,000DM の保証の責を問われた事件。  $B_1, B_2$  の月収は併せて 2,000DM であった。土地は土地債務に供されていたので、控訴審手続中にそれが実行されたところ、残債務は実際には 230,000DM 余りとなった。原審は、この保証が 138 条 1 項違反であることに基づきこの保証を無効とした。しかし BGH は、良俗違反を否定した

まず BGH は、X と H らの消費貸借契約は有効であると判示した。その際判決 (a) を引用しつつ、以下のよう述べている。すなわち、BGH 279 条の基本思想と、現行強制執行法・破産法から、人は無制限に財産的責任を負えるという原則が導かれる。そして契約自由の裏側としてこのような自由を実効化することは、ドイツにおいて適用されているより高度なランクの法、特に GG 1 条、2 条 1 項や社会福祉国家原則に反し得ることは、明確ではない。

そしてそれを前提に、保証はリスクの多い片務契約であること、債権者は、保証債務を負う行為能力者は自分の行為の射程範囲を知りリスク評価ができることを前提としてよいこと（判決(a)）、特別な状況は存しなかったことを理由に、本件保証契約の良俗違反性を否定した。

(f) BVerfG Beschl. vom 5.8.1994 (NJW 1994, 2749 = WM 1994,1837)

判決(e)に対する憲法異議は以下の理由で認められた。

この憲法異議は、信用受領者の家族が低い収入しかなく財産もないのに保証人として高い責任リスクを負う限りで、民事裁判所がいかなる範囲で憲法に基づき銀行との保証契約を内容コントロールするかに関する。

本部はこの憲法異議に対する判断を下す。なぜならばそれを受け入れることは異議申立人の基本権の貫徹に好影響を及ぼすからである。BGHの判決はGG 2条1項に基づく基本権の点で異議申立人を害する。自己の意思による個々の法律関係の形成は、一般的な行為自由の一部である。けれども私法的な取引には、同等の基本権所持者が参加しており、彼らはさまざまな利益とたびたび対立する目的を追求している。むしろ対立している基本権的立場は相互に影響しあうべきであり、またすべての当事者にとって可能な限り広く有効となるよう制限されるべきである。もし契約当事者の一方が契約法上優位であるために契約内容を事実上一方的に決められるならば、このことは他方契約当事者にとっては他者の決定となる。したがって民事裁判所には、一般条項の解釈適用にあたっては、契約が他者の決定の手段として用いられることのないよう配慮する義務がある。

異議申立人が保証契約で負った責任リスクは、彼らの経済事情を顧慮すると異様に高い。保証契約を行うにあつて、異議申立人が自己責任による判断をする可能性は侵害されていたというのが、いくつかの観点から見て自然である。裁判所は契約対等が害されているという観点を十分には顧慮しなかったので、このような検討は問題となっている判決ではなされないままになっている。したがって裁判所は、このGG 2条1項による私的自治の保障についての観点を検討する意義を見誤っている。

この判決における良俗違反の根拠は以下のように要約することができる。しかし、これらの判示は判決(a)~(c)や(e)を正面から否定するのではなく、修正原理の方向性を示すにとどまっているため、第二章での要約からの続き番号あるいは修正としてのダッシュで示す。

⑤ 本件の行為では、銀行と保証人との間には構造的に不平等があった。

④' 更に本件では銀行からの説明に問題があった。

②' 保証人は成人であるが、若く職業教育も受けていない保証人にとって、いや取引経験のある人にとってさえも、本件保証のリスク評価は難しかった。

⑥ 融資は保証人に直接的利益をもたらさなかった。反面、保証人には財産も収入もなかった。

先に述べた①は維持されているが、③については触れられていない。

Freyはこのような判示について、「BVerfGはBGHの判決を、結果によってではなく、根拠を理由に取り消した。BGHは、構造的に不平等な交渉力を認めなかったし、不適格な手段で解決しようとしたからである。」と分析する<sup>35)</sup>。しかし彼は同時に、決定(d)における基準である⑤②'⑥は、保証法においては不明確で不適切であった、という見方も示している<sup>36)</sup>。この見解によるならば、第6章で紹介する両判決で、これらが次々と修正されていくのは当然ということになる。

反面決定(d)では、妻が夫のために負った30,000DMの保証債務が無効とされなかった。その理由は、高額で見積りにくい企業リスクの引受が問題になっているのではないこと、所帯を持つ際の購入費用という消費者信用に関するものであり、信用受領者が異議申立人の夫であったので、妻は信用供与に直接関与していることを前提

とすることができること、異議申立人の判断自由が侵害されなかったこと(筆者注：誰からの侵害がなかったのかは明らかではないが、債権者配偶者両者とも侵害していなかったとの趣旨と思われる)、である。信用契約ないし保証契約の締結の時既に絶望的な過重負担の危険が成立していたかどうかは、裁判の中でも憲法異議からも明らかになっていないとされている。Haunは「保証人も利益が得られるような通常の消費者信用では、非常に重い負担に欠けるので裁判による内容コントロールをする理由がない」という定式が導けると述べている<sup>37)</sup>。

## 第6章 決定(d)後のBGH民事第9部判決

決定(d)以降、一定の場合には子の保証が無効とされる事例が出されるようになった。まず、決定(d)の差戻審、および同日に出された他の同様の事件を紹介する。

(g) BGH Ur. vom 24.2.1994 (NJW 1994,1341 = LM § 765 BGB Nr.90 = WM 1994,680 = ZIP 1996,614)

決定(d)の差戻審。主債務者の娘との保証契約は、それが成立した特別な状況の結果、良俗に違反したことがって無効であると判示された。

法律行為が、内容、動機及び目的の総括から推測されるべき総合的な性格によれば良俗に反するときのみ、良俗違反により138条1項に基づき無効になる。その際、契約締結当時の状況だけが考慮されねばならない(判決(e), <d>)。契約内容がBだけに重大な範囲で負担を負わせるという事実は、それ自体としては保証の有効性の問題とならない。保証は法律によって、通常債権者に有利な一方的な債務を目的物としている。このような契約の内容と意義は原則的に、債権者に、主債務者に対する一定の債権についての担保を与えるということだけにある。したがって保証は構造的に、適切で原則的に等価値な双方の利益の顧慮が特徴なのではなく、その法的中核においては、一方者のみに利益をもたらす点にある。

保証人がその意思表示の時点で、彼女が責任を負うべき債務の弁済のための収入の財産を持っていなかったからといって、それだけで引き受けられた債務が法的に否定されるわけではない。法律と法の枠内で憲法により保証されている私的自治は、特に契約形成の自由を含む。この契約形成の自由は、現行の私法秩序の本質的な基礎を形成する。契約自由により結果的に、自己責任においてリスクの多い行為をも行い、特別に有利な状況、場合によっては差し押さえ不能な収入を継続的に使うことによってのみ履行できる債務を負うことは、原則的に誰でもできなければならない。本部の判例の特徴となる原則(判決(a), (b), (e), <d>))に、民事11部は同意する(判決(e))。通常、行為能力ある人は全て、保証により重大な個人的リスクを負うことを理解し、その行為の射程距離を適切に評価し、その後判断を行う能力を持つ。保証人が主債務者と親族的に近く結びついているときにも、この点から出発すべきである(判決(a), (b), (e), <d>))。

保証人が現在及び将来期待される収入財産事情をはるかに越える範囲で債務を負うならば、このような契約は保証人が更なる事情により債権者の責に帰せられるべき方法で付加的に重く負担を負うとき、この事情から、契約当事者に耐え難い不平等が生じているならば、138条1項により無効になりうる。このような負担は特に、債権者が保証人の取引未経験または精神的強制状態につけ込んだり、他の方法で彼の判断自由を違法に侵害することから生じる。

Bの父は法的に否定すべき方法で—1618a条に違反して—X銀行に債務を負うという彼女の決心に影響を及ぼした。Xはその状況の責を負うべきである。なぜならばXは、保証人への影響を、少なくとも重過失により考慮しなかったからである。

a 基本法上保護されている私的自治によって、両当事者が自由に契約的拘束の是非について決められる状態である限りにおいてのみ、リスクが多く同時に一方当事者だけが負担を負う行為を行うことができる。このような自由、及び、問題となっている債務はどのような法的効果と結びつきうるかということについて

の認識可能性があって初めて、保証人を、彼に非常に負担をかける債務であるにも関わらず、自分の責任を行った判断に拘束することが正当化できる。保証人の自由な判断が不適切な方法で困難になる危険性は特に、教育中または職業生活についたばかりの成年者が、言い換えれば取引未経験の成年者が、両親の利益になるように法律行為に基づく債務の責任を引き受けるように命令され、この債務に子自身は自己の法的経済的利益を持っていないときには、存在する。両親が無理な要求で迫ったならば、若く、やっと何年か前に成年となった、両親との個人的関係がスムーズな者は、主に両親の希望に添うようにこの決心を左右されるであろう。そのときこそ感情的な考慮が前面に立ち保証が両親の能力と善意への信頼だけから引き受けられやすい。したがって特にこのような事例では、保証人が彼の更なる人生形成のために引き受けた重大なリスクを自覚する必要性を排除しているというのが自然である。通常取引経験の未だ少ない若い成年者は、このような状況では、自由かつ冷静に判断せず、両親の希望に、精神的強制状態から深く考えずに応じている危険性がある。彼らがそのときサインが引き起こすかもしれない結果のスケールを見るのは難しい。

b 両親が成年になった子に、家族としての親切心だけから、子の経済的給付可能性をはるかに越える保証をするよう要求することは、たびたび道徳的に問題であり、成年に達した子に対しても成立している義務と相容れない。扶養法全体から言ってもそうであり、1618 a 条が、両親と子に互いに一生援助と顧慮をする義務を負うことを明確にしている。この規定は真の法的義務の根拠となるが、もちろんその違反に法的サンクションが結びついているわけではない。顧慮義務は特に、分別をもって他方の利益を吟味すれば自己の希望を遠慮することが客観的に命じられているならば、それを命じうる。両親が子に保証をさせ、この保証の結果この子がリスクが現実化したら見通しの利かないほどの期間あるいは一生高額を債権者に支払わなければならないならば、両親は彼らの相対的な自主的な生活形成を持続的に侵害することになる。しかもこの生活形成は始まったばかりであることが多い。成年に達した子に対するこのような効果は、1618 a 条が両親と子の双方の関係のために規定しているような態度とは矛盾し、また成年となった子に対する両親の責任として一般的に認められている見方とも根本的に相容れない。(この事案でも1618 a に違反する)

c 以上の諸状況は、確かに第一に、主債務者と保証人の関係における良俗違反の行為ということを示す。しかしそれらは、保証人の X 銀行に対する法律関係へ全く影響を及ぼさない可能性もある。確かに保証人が実際自由な判断を侵害されたか、特に、両親が子に圧力をかけたか否か及びそれがどのような方法だったかを個々の事例において明らかにするのは無理である。けれども、上述の危険があるときに、もし銀行が自己の見解に従って、提案された消費貸借のために担保を要求し、したがってその支払を、顧客が自己の子の保証を提供するかどうかにかからしめ、その保証の範囲が子の経済的給付可能性をはるかに越えるならば、必然的に債権者は主債務者の保証人に対する道徳的にも法的にも否定すべき影響力を、知っていたかもしくはこのような認識を故意に看過したのではないか、という問題が生じる。もしそうならば、金融機関には1618 a 条に反する信用受領者の行為の責任を帰せられるべきである。このことは通常、保証自体を良俗違反とみなすことを正当化する。したがって銀行は、取引未経験で、信用供与に自己の利益を持たず、リスクの引受により相当長期間被担保債権を弁済できる状態にないことが予想される子の保証を担保として与えるよう顧客に要求してはならない。本部で以前出した判決が、ここで述べた保証人の判断自由への危険と、そこから導き出される銀行の義務に相応の意義を認めなかった限りで(判決(a), (b)), このような解釈はもはや維持できない。

それに加えて、担保はその価値により吟味されるということが、銀行の慣習に合致している。なぜならば、担保の合意は、相応の事実確認なしには通常は銀行の経済的目的を満たさないからである。反対に、もし銀行が、非常に高額の保証をする主債務者の子を相応に調査しなかったときには、このことは通常、保証人の経済事情を銀行は全く知らなかったか銀行がこの担保の価値がいかほどかという認識に目をつぶった



か、どちらかの意味しかない。(筆者注：従業員の説明についての判示は省略する)

- (h) BGH Ur. vom 24.2.1994 (BGHZ 125,206 = NJW 1994,1278 = LM § 765 BGB Nr.91 = WM 1994,676)

Bは1960年生まれである。1984年当時74歳だったBの父H<sub>1</sub>は、Bの母H<sub>2</sub>の土地に建築する計画を立て、その費用を彼は約860万DMと見積もった。X銀行の関連会社であるR銀行はそのために、Bとその両親に540万DMを貸し与え、この消費貸借は第1位の土地債務により担保された。X銀行はつなぎ融資を行い、またBの両親に230万DMの追加融資を行い、その担保としてX銀行は後順位の土地債務とBの保証を求めた。84年3月にBはXと両親との取引から生じる債務について保証を引き受けた。Bは当時、一時的に連邦国防軍の兵士をしており、月収は約1,500DMであり、他の財産を持っておらず、後に大学で医学を学ぼうと意図していた。今日彼はジャーナリストとして働いている。建築計画は費用高騰のためとん挫した。Xは融資を解約し、土地は強制執行に付されたが、Xには200万DMを越える債権が支払い不足となった。その間にH<sub>1</sub>の父は死亡した。XはBに、一部額50万DMを請求した。請求は原審では認められたが、Bの上告により差し戻しとなった。

原審は保証契約を有効と評価した。原審によれば、Bが債務を家族の親切から引き受けたときにも、債務は138条1項の意義における良俗に反しない。保証はまた責任の大きさからも無効にならない。

しかしこのような検討は吟味に耐えない。良俗違反に関しての原審の検討は、正しい出発点から始まっているが、138条1項を適用する領域を不適切に定めている。

法律行為は、総合的な性質の点で良俗に反しているときにのみ無効となり、その際契約締結時の事情のみが考慮されるべきである。契約内容がBだけに重大な範囲で負担をかけるという事実は、それ自体としては保証の有効性に疑いを呼ばない。保証はむしろ、通常は債権者の利益になるような一方的債務を対象としている。保証は構造的に、相互的な利益の、原則的に等価の適切な顧慮によって特徴づけられるのではなく、一方的な利益を調達するのがねらいである。

引き受けられた債務はまた、保証人が意思表示の時点で彼が負うべき債務の履行のための収入または財産を持っていなかったからといって、それだけで法的に否定されるべきというわけでもない。契約自由からは、リスクの大きい取引をも自己責任において行うこと、及び、特別に有利な状況の下でしか履行できない給付、場合によっては差し押さえ不能の収入を継続的に使うことで行える給付をする義務を負うことも、原則的には誰でも自由にできなければならないことが導かれる(判決(a), (b), (e), (d))。

けれども、保証人が、現在ならびに将来期待できる収入財産事情をはるかに越える範囲で債務を負ったならば、保証人が他の事情により債権者の責に帰せられるべき方法で更に重い負担をし、この事情から契約当事者の不均衡が耐え難いものになっているときには、このような契約は138条1項により無効になりうる。このような負担は特に、債権者が保証人の取引未経験や保証人の精神的な強制状態につけ込んだり他の方法で彼の判断の自由を不法に侵害していることによりもたらされうる。

原審はBの主張に対立する事実認定をしなかった。したがって上告審理は彼の主張を前提とすべきである。それによれば保証契約は138条1項により無効である。

a 契約は、債務の範囲とBの給付可能性との間に特に顕著なアンバランスがあるときには、Bの取引未経験と結びついて無効となる。保証が債務の範囲だけを理由として良俗違反となりうるのは、特に甚だしい例外的事例だけである。保証人が負うべき債務が高額であるため、非常に都合よく予想してもリスクが現実化したときには債務をほとんど弁済できないことが、契約締結時既に確認できるときには、このことが考察される。

債権者と主債務者の間の法律行為が貢献している計画に、保証人が将来法律的不いし経済的に大きな範囲で参加しない限りで、この種の債務には初めから筋の通った経済的な意義が欠けている。このような事例で

は、保証人が少なくとも自己の生活形成のための大きな好都合を得るチャンスに巡り会わない限り、保証人は一生自己の力で支払い得ない債務に脅かされる。

Bは教育によっても職業生活での実務的活動によっても取引経験を得ていなかった。彼は債務を両親への親切心だけから引き受けた。確かに彼は建築計画が成功したときには将来相当大きな財産価値を相続することが見込まれた。しかしそれは法律的に重要ではない。なぜならばBには、いつか相続人になるという単なるチャンス以上に、更に形成されるべき財産という面で彼の法的地位を強めるものは何もなかったからである。

債権者が、主債務者が財産を彼に近い人に移転しそれにより消費貸借債権の実行を危険に陥らせるであろうという恐れを持つきっかけがあったならば、このことは個々の事例によっては、家族構成員の保証に際して正当な利益の根拠を形成しうる。しかしここではこのような恐れはなかった。

XにとってBの債務の範囲とその者の経済的給付可能性との顕著なアンバランスは明らかだった。基本的に、未だに教育中の若い成人ややっと職業生活についたばかりの若い成人は、具体的な反対の事実を示唆されない限り、重要な財産や平均を超える収入を自由にできないことから出発すべきである。Xは、Bが未経験からリスクの引受の点で経済的に完全に過重負担となる債務を引き受けたことを自ずと理解していた。特にこのことは、担保はその価値で吟味され消費貸借の担保の給付に応じて支払われるという銀行の慣習と一致する。反対に、銀行は主債務者の子に追加請求をあえて行い、子は非常に高い保証を引き受けている。このことは通常、銀行は保証人の経済事情を全く知らなかったか、この担保の価値がいかに低いかという知識を故意に無視したという意味しかない。

b しかし、Bの両親は法律的に否定すべき方法で1618a条に反して—Bが債務を負うという決心をするのに影響を与えたので、このことから138条1項によりBの保証は無効である。

憲法で保証されている私的自治は、両当事者が自由に契約的拘束するか否かを決意できる状態に限りでのみ、リスクの多く同時に一方にのみ負担をかける行為の締結を正当化することができる。このような自由と、当該債務の法的効果についての無制限な理解可能性があつて初めて、保証人を自己で責任を負うという判断に結びつけておくことが正当化される(決定(d))。

若い成人が取引未経験であつて、両親から自分たちの利益になるように、自らには全く法的または経済的な利益がない法律行為により債務の責任を引き受けるよう命じられたときには特に、保証人にとって自由な判断が不適当な方法で更に難しいものになる危険が存在する。両親がこのような無理な要求で子に迫ったならば、両親との個人的な関係がスムーズならば、若く、何年か前に成年になったばかりの子は主に両親の希望に応じるところから判断に傾くであろう。そのときにこそ、感情的な検討が前面に立ち保証が両親の能力と善意への信頼だけで引き受けられることが容易に起こりうる。彼らはそのとき、彼らのサインがもたらす結果のスケールを理解するのが難しいのであろう。

両親が、家族の親切心だけから、経済的給付可能性をはるかに越える保証をするよう自分の成人した子に求めることはたびたび道徳的に問題があり、成人に達したことであつても存在する債務について合意すべきではない。既に扶養法は、特に1618a条の規定は、両親と子は互いに生涯にわたって助力し顧慮する義務を負う。両親が子に、結果としてリスクを引き受ければ予測のつかない期間にわたってあるいは一生債権者に支払わなければならないような保証をするよう求めるならば、両親は、形成途中であることが多い子独自の人生形成全体を、持続的に危険にさらしている。成人した子に対するこのような影響は1618a条に反している。特にこの点は、この係争事例で重要である。保証はBの両親の計画の実行に資することになっていたが、両親の生活がこの計画にかかっているという訳では全くなかった。建築計画の経済的総額は約860万DMと評価され、その中で約750万DMが他から融資されねばならなかった。それにより初めから、建築は

経済的リスクと結びついており、したがって保証はBにとって危険であったことを認めるのは難しくなかった。

もちろんこのような状況から、まず主債務者と保証人との間の関係の中で良俗に反する行為があったことが明らかになる。しかし両親は保証人のX銀行に対する法的関係に対して全く影響がないわけではない。確かに保証人が事実上自由な判断を侵害されているか、特に両親が子への圧力を使ったかそしてそれがどのような方法であったかを、個々の事例で明らかにすることは、両親に要求すべきではない。しかし、保証人がこのような事例でたびたび陥る上述の危険は、銀行がどのような担保を信用受領者に求め受け入れられたかが問題になっているときには、銀行の行為を要求する効果がある。提案された消費貸借について、銀行が担保を要求し、したがって銀行が支払を子の保証にかからしめ、この保証の範囲が子の経済的給付可能性をはるかに越えることが予想されるときには、債権者が道徳的かつ法的に否定すべき保証人に対する主債務者の影響力の行使を知っていたかないしはその知識を意図的に無視したのかが、必然的に問題になる。もしそうならば金融機関は、信用受領者の1618a条に反する行為について帰責性がある。このことは通常、保証そのものを良俗違反とみなすことを正当化する。したがって原則的に、銀行は、未だ取引未経験で、信用の供与に自己の利益を持たず、リスクを引き受ければ長期間被担保債務を完済できる状態にならないことが予想される子の保証を、担保として自己に与えろという無理な要求を、顧客に迫ることはできない。以前の判例(判決(a), (b))を変更する。

Bの主張によれば、Bが計画された目的物に際し、自ら大きな範囲で経済的に参加していたとXは思っていなかった。更に、取引に未経験なBは保証により経済的にはるかに過重負担を負うことは、銀行にとって明らかだった。したがって、Xは、Bの判断自由への法的に否定されるべき侵害に自ら参加しているので、138条1項により保証契約は無効である。(事実認定の足りない部分についての判示が続く)

この二つの判決から、①は維持した上での以下の修正基準が読みとれる。

- ②' 保証人が、現在ならびに将来期待できる収入財産事情をはるかに越える範囲で債務を負ったならば、保証人が他の事情により債権者の責に帰せられるべき方法で更に重い負担をし、この事情から契約当事者の不均衡が耐え難いものになっているときには、このような契約は138条1項により無効になりうる。このような負担は特に、債権者が保証人の取引未経験や保証人の精神的な強制状態につけ込んだり他の方法で彼の判断の自由を不法に侵害していることによりもたらされうる。基本的に、未だに教育中の若い成人ややっと職業生活についたばかりの若い成人は、具体的な反対の事実を示唆されない限り、重要な財産や平均を超える収入を自由にできないことから出発すべきである。
- ③' 両親が自分たちの成年になった子に、家族としての親切心だけから、子の経済的給付可能性をはるかに越えている保証をすることを要求することは、子に対して成立している義務と相容れない。保証人の両親は法律的に否定すべき方法で—1618a条に反して—Xが債務を負うという決心をするのに影響を与えた。
- ④' ③' は、主債務者の保証人に対する行為は良俗違反であることを示しているが、これは保証人の債権者銀行に対する法律関係へ全く影響を及ぼさない可能性もある。けれども、上述の危険があるときに、もし銀行が自己の見解に従って、提案された消費貸借のために担保を要求し、したがってその支払を、顧客が自己の子の保証を提供するかどうかにかからしめ、その保証の範囲が子の経済的給付可能性をはるかに越えるならば、必然的に債権者は主債務者の保証人に対する道徳的にも法的にも否定すべき影響力を、知っていたかもしくはこのような認識を故意に看過したのではないか、という問題が生じる。もしそうであるならば、金融機関には1618a条に反する信用受領者の行為の責任を帰せられるべきであり、そのとき保証は良俗違反である。

以上のような判例を総合すると、この時点で親の債務に対する子の保証契約が無効になるのは、以下の2つの場合であると見られている<sup>38)</sup>。a) 債務の範囲と保証人の給付可能性との間に特に大きなアンバランスが存在し、債務者は取引未経験によって、自己に大きな利益がないのにこのような保証契約を結んだとき(②")。更にもう一つの場合はb) 保証人が、現在の収入財産状況及び将来期待されるべき収入財産状況をはるかに上回る範囲で債務を負い、付加的に債権者に責を帰せられるべき状況により、自己の判断自由を法的または道徳的に否定されるべき方法で侵害されているため、契約当事者間に耐え難い不平等が存在しているとき(④")。そしてSchmidt-Salzerによれば、親による1618a条違反(③')は付加的状況として保証人に有利に働くこととされる。銀行側から見れば、銀行は原則的に顧客に対し、(1) 保証人の子が(2) 信用供与について自己の利益を持たず、(3) その子がリスクを引き受けることによって長期にわたって被担保債権が弁済できないことが予想されるときに、(4) 取引未経験な子の保証を与えるように要求することはできないとされる。また④"は、BGHは、銀行の一般的な説明を認める代わりに派生的な説明義務を認めたことと位置づけられている<sup>39)</sup>。

Haunによれば、決定(d)以前から、Honsell以外すべての論者が過重負担だけでは良俗違反は成立しないという見解であった<sup>40)</sup>。決定(d) (f)もそれに沿って過重負担プラスαを要求している(上の(1) (2) (4))。

ここで突然出てきたのが1618a条である。これは「両親と子は互いに援助し顧慮する義務を負う。」という条文で、1979年に導入された規定である。確かに決定(d)は、憲法によって許容された余地から外れたかどうかのみを消極的に点検したに過ぎず、積極的に構造的な法形成をしてはいない<sup>41)</sup>。決定(d)に基づいて判例変更するとしても、判例変更の根拠はBGH自ら定立する必要に迫られたわけである<sup>42)</sup>。それにしても、ここで想定されている親子像はいかなるものなのか。この規定については第八章で触れる。

これらの新判例は、特に子に関しては好意的に受け入れられた<sup>43)</sup>。しかし、それに若干の疑問を呈している学説もある。例えば、Schmidt-Salzerは判決(f)の評釈<sup>44)</sup>において、その結果には満足というものの、1618a条に基づき期待される親子関係に、以下のような疑問を投げかける。

- ㉑ 例えば相続などで、財産を既に持っているが、まだ若くて未経験な子が、親にリスクの高い保証をするよう命じられたときも問題はあろう。ここでも1618a条が援用されるべき状況はある。財産がないことと比べて、財産がある子にとって、感情的対立状態に基づいて、既に持っている自己の経済的な生活的職業的基礎を危機にさらすことは、それほど悪いことではないのだろうか。
- ㉒ リスクを負う、ないしは計画に参加するとすれば、それはどのような意味を持つのか？ それは契約締結時について、子の現在の経済的給付可能性について、そして将来の給付可能性に関わる。
- ㉓ 取引未経験はいつ始まりいつ終わるのか。例えば22歳のアビチュア受験生でも商人としての職業教育を終了していればどうか。また32歳の卒業しようとしないうちの大学生はどうなのか。

数少ない反対論者として残っているのはMedicusである。彼は通常は私的自治に従い保証人が自ら負うリスクを判断すべきであり、それが彼の給付可能性を越えても保証契約無効の理由にならないという<sup>45)</sup>。

その後、一九九六年二月八日には、BGHはある若い保証人の上告を受け入れなかったようである<sup>46)</sup>。この事件は、主債務者の取引債務は保証の時点で既に800万DMを越えていた。決定的だったのは、保証人は既に保証の時点で企業所有者としての父の後継者に任命されていた点と、近い将来この企業は保証人へ譲渡されることになっていた点であった。したがって、担保していた消費貸借は、既に保証人が長年働いていた企業の維持に資していたので、保証人はこの消費貸借の充実に自己の利益を持っていた。又彼は相当な取引経験を持っていたし、父の代理人として経営の共同責任を負っていた。保証人の判断自由は全く制限されていなかった。これは貯蓄銀行との全ての取引に個人的に関与していたし、保証と結びついていた利益とリスクを吟味する時間は充分あった。企業の失敗は最初から予見できた。貯蓄銀行は、保証人が将来の経営所有者として、父の企業であった間に成立した債務についても責任を負うことについて、自己の大きな利益を確保しなければならなかった。この企業

が再形成する方法が問題になっているときに、保証なしにその利益は担保され得ないであろう。以上、保証人が保証に経済的な利益を持っている例が付加されたのである<sup>47)</sup>。

## 第7章 その後の学説及びBGH判例の展開

### 第1項 子による親の債務の保証

多くの学説が新判例を支持する中で、判決(g)(h)のような判例は保証人保護にあまり役に立たないと冷ややかな視線を送るのはFreyである。彼は銀行は何年も待って保証人に財産ができてから請求すれば銀行は勝訴できるのではないかと考えていた<sup>48)</sup>。しかしこの点に関してその後、BGH民事第9部は、判決(i)を出している。

#### (i) BGH Urt.vom 10.10.1996(NJW 1997,52 = LM §765 BGB Nr.110)

Bは主債務者である商人Hの4人の息子の一人である。Hは運河工事や横坑工事のための機械や材料を製造販売する企業の企業主であった。その他にHは、その生産部門を受け持つあるアフリカの株式会社に50%以上出資していた。1988年秋にX銀行はHに、140万DMを越える投資信用を与えた。この消費貸借とすべてのHとXの取引関係から既に生じている債務及び将来の債務を担保するために、Hの妻と4人すべての息子はそれぞれ140万DMを極度額とする保証と、その他に極度額分の利息、手数料ならびに費用を引き受けた。同時にHは4人の息子と、以下のような合意をした。「保証人は、生産に問題が生じたとき及びHの会社が支払不能となったときには、すべての投資された財産の引渡とこれらの清算を請求することができる。」当時25歳だったBは当時建築技術制度を大学で学んでおりHから月々850DMの教育援助を得ていた。Bの主張によれば彼は他の収入や財産を所有していなかった。1990年にHは破産した。Xは信用関係を解約した。Xは保証人としてBに保証の一部額である200,000DMを請求した。Bは今日手取りで月収5,600DMであり、結婚しており二人の子を持つ。Bは約款法とBGB138条により無効であると主張した。(約款法については紹介を省略する)

LGとOLGはこの訴えを認容した。Bの上告により、原判決は破棄され原審に差し戻された。

a 原審は、Bが保証引受の時点で、彼に支払われている教育援助の他には何も収入や財産を持っていなかったと認定した。したがって、Bは当時単に月850DMで生活を支弁していたことを前提とすべきである。このような前提の下ではこの保証契約は良俗に反するので、138条1項に基づき無効である。

b Bが引き受けた責任は、彼の経済的な給付可能性をはるかに越える。確かにXは、Bがもう何年後には彼の教育に基づき平均を超える月収を得ることを前提とすることができた。しかしそのとき、Hの提示した有利な条件にも関わらず、彼自身は、利息負担が年間87,500DM、遅延となったときには年間150,000DMもの負担となる当該債務を支払うことはできないことは明らかだった。

保証人が、現在の収入財産事情、及び将来に期待できる収入財産事情をはるかに越える範囲で債務を負うならば、この保証人が付属的に債権者に責任のある事情により、彼の判断の自由において法律あるいは道徳的に問題のある行為により侵害されたかまたは契約当事者間に耐え難いアンバランスがあった場合には、このような契約は今や安定しているこの部の判例によれば良俗違反で無効である(判決(g))。このような特別な負担は、両親が未だ教育中や職業活動についたばかりの子に対して顧慮すべき家族法上の義務(1618a条)に違反して、このような保証を求めたときに生じうる。この部は以前の判決で論拠を述べた(判決(g),(h))。金融機関は、主債務者の法的に否とされる行為により保証人に起こった板挟みの状態を、自己の利益のために食い物にしたか、ないしは自己の目的のために利用したのであり、この金融機関は自ら良俗に反して行為している。

c Bの父は、Xに自ら保証を提供し、彼の息子にここでは決定的な範囲で責任を負わせたことにより、彼の1618a条による自分の息子の利益を顧慮する義務に違反した。

a a もし両親が、既に成人しているが経済的には未だに扶養をしている子に、自分たちのために保証をしろという無理な要求をしたときには、子は一般的には、それにより法的経済的にいかなる結果が生じるか、冷静に吟味できないし、このようなリスクを引き受けようと、自由かつ独立に決心することもできない。一般的に、若く、まだ取引未経験な成人は、このような状況においては、両親への信頼により、あるいは経済的な依存により、深く考えることなく親の求めに応じる傾向がある。本件のように、リスクを引き受けることにより近い将来債権者に高額で、自己の経済的余裕から完全にあふれる給付をしなければならないくなる債務が問題であるときには、このような、無制限に自由ではない判断は、独立した生活への可能性を賭に回しているようなものである。この事案では、両親が子への圧力を行使したことは認められない。なぜならば、子は相応な責任を負うことを希望していたし、子の希望は、子が、対立した利益を客観的かつ独立に吟味することや保証によるリスクを十分に考慮することを著しく困難にしていたからである。ただちに信用を必要とする計画をあきらめることが両親に期待することができたというだけで、両親の無理な要求が1618a条違反ということはできない。むしろ、信用受領者が追求している利益と、その子が責任の結果受ける危険との間を理性的に考慮してみて、両親により希望されている範囲での負担は擁護できないということだけで十分である。

b b Bの父は自己の家族企業の経済的強化のために消費貸借を必要とした。Bが大学卒業後この企業に入ることが予測されたので、このことは近いうちに彼にとっても彼の収入の基礎を形成すると言える。この観点からは、保証人は既に当時、一定の投資利益があった。また、Bの父は1988年秋には当然信用を与えるに値していたということも前提としてよい。しかしこのことは、—Xも主張していないが—保証により引き受けられたリスクが当時の目で見ても特別低く格付けされたものではなかったことは否定できない。しかも、Bは保証を引き受けたとき、彼が職業的にも経済的にも参加していないこの企業の経済的事情を全く調べていなかった。彼はまだ取引上の経験を持っておらず、したがって投資判断にも参加していなかった。したがって彼は、父が責任を持っている計画へ、彼を消費貸借の供与に直接の利益を持つ第三者のように扱うことを正当と認められるような方法では、引き込まれなかった(判決(h), Ganter)。更に、Yは既に学生として—彼が事実上企業に入っていたかとかそこでどのような地位にいたか、という点に関わらず—どのような方法によっても彼に見通すことができないような信用取引のすべてのリスクを共同負担すべきとされた。このような、自由な、自己決定できる生活経営への見込みをすべて危険にさらす負担を、父は求めることはできないはずであった。

d Xは、債務者の否定すべき行為を自己の利益のために食い物にした。Xは父の行為を特徴づける状況を知っていたか、重過失により看過した(判決(h))。

Bが、彼の父が必要と思った投資についての裁判手続きに引き吊り込まれた点、または、彼が父への個人的な依存ではなく有利不利の健全な考慮に基づいた理由により、100万DMを越える債務についての個人的責任を引き受けるよう決意した点を主張する根拠を、Xは持っていない。確かに銀行は、配偶者との関係では、家族企業に関する客観的に正当と見える信用のために両配偶者が決断したことを前提とすることができる(判決(f)(g))。けれどもこの原則は、両親と未だ取引に慣れない子の間には通用しない。なぜならば、彼らは、同種の方法で、同方向に向けられた利益により結びつけられているのではなく、むしろ、若い成人が感情的ないし経済的な依存から、独立した生活にまつわる彼らの個人的利益より両親の純粋に決定された希望を憂慮すべき方法で優先させる危険の方が存在するからである。ここでXについてもこのような事情は明らかである。なぜならば、主債務者で行った交渉に基づけば、主債務者が原則的に保護されるべき私自治

から導かれるべき、このようなリスクを負うかどうかを自由かつ独立に判断すべきBの必要が、十分に満たされたということを示す者は何もないからである。したがって、この係争事例でXの目に映った状況からは、BがHの望みに応じたときにはBは十分に干渉されず独立した判断ができたのではないという事実上の推定に合致する。

Xが知っているであろうBの判断の自由に対する主債務者の影響にもかかわらず、保証契約が例外的に法的に許されると判断する理由は何もない。信用供与に際する間接的利益や、原則的には正当とすべき主債務者の財産移転に対する信用供与者の利益さえ、ここで合意されている額の保証について正当な理由とはならない。Bはこの企業に有力に参加せず、予定された投資への商人としての責任にも引き込まれなかったもので、保証は息子が彼の教育に応じて職業上の収入により近いうちに工面できると予想できる額に限られるべきであった。Bへのこのような債務の範囲を越える財産移転を防ぐXの利益は、このような特有のリスクに該当する契約規定により十分守ることができたはずであった。

合意された保証の範囲は、Bだけではなくその母や3人の兄弟が同じ債務を負い、したがってXが全部で5人の保証人を要したことから法的に正当化されるものではない。配偶者以外では、保証人である子の経済的経済的給付可能性は原則的に単独で考えるべきである。なぜならば、彼らは主債務者とも他の家族構成員とも、継続的な経済共同体を運営していないからである(判決(g))。

したがって、140万DMの信用のための保証は良俗に反するので、契約全体が138条1項により無効である。

この判決は、民事第9部の代表的判決として参考判決〈g〉を引用する。しかしこれは次頁に示す通り、良俗違反よりもむしろ行為基礎論に関する判決である。それにもかかわらずこの判決(i)の重要性は変わらない。まず保証契約の後の子の財産の増加を考慮に入れないことを確認した(判決(g))。また、他の点でも138条無効の規範を精緻にしている。各評釈を見ていこう。

判決(i)は、両親の圧力がなくとも1618a条違反、ひいては保証契約の良俗違反が成立するという。Honsellは、判決(i)の最大の特徴は、親の心理的圧力がなくとも、また精神的強制状態がなくとも、判断自由が制限されて、独立の生活への可能性が賭けられたときには良俗違反が成立しうると判示された点である<sup>49)</sup>とし、この判決の結論は支持する。しかし、判決(i)によって先ほどの二つの基準の境界が明らかでなくなったとし、またいかなる場合が、「債権者に責を帰せられるべき付加的事情」により「耐え難い不平等」に当たるのかが不明であると述べる。

判決(i)についてPapeが指摘しているのは、以下の2点である<sup>50)</sup>。a)いわゆる「総合的考察」をしていないこと(他に5人の保証人がいるということは配慮に入らない。この点も配偶者保証とは異なる) b)融資を受けるに当たっての子の自己の利益をより明確にしたこと(子が将来親の会社に入るであろうという見込みでは138条の適用を避けるには不十分である)。

Bülowは判決(i)が、子の判断事由を侵害しなかったことを債権者に証明させることによって、証明責任の一部を本来無効を証明すべき保証人側から債権者へ転換したとも指摘する<sup>51)</sup>。

## 第2項 他方配偶者による人的担保提供

夫婦の場合はどうか。Schmid-Salzerは、1353条により親子の場合と同様に解されるべきであろうと考えた<sup>52)</sup>。しかし、どうもそうならないようである。ここで、本題からはそれるが、簡単に夫婦の保証がどのような判例の推移をたどったかを紹介する。

例えば参考判決〈f〉 BGH Urt. vom 5.1.1995(BGHZ 128,230 = NJW 1995,592 = LM § 765 BGB Nr.98)

が、妻が離婚後夫の保証人としての責任を追及されたときに、この保証契約を良俗違反ではないと判断している。ただし、最終的には妻の無効確認は、離婚により保証の行為基礎がなくなったことに基づく信義誠実違反により認められた<sup>53)</sup>。

Honsell も指摘しているように<sup>54)</sup>、子の場合には経済的給付可能性は独立して考察されるが、夫婦の場合にはそうではない。しかし判決〈f〉によれば、夫婦の一方による他方の保証契約が財産移転を予防するためになされている以上、夫婦が離婚し財産移転の虞がないとき、行為基礎が失われたことにより保証人に保証債務を請求することができなくなる。

さらに、138条と行為基礎との関係が問題となったのが参考判決〈g〉BGH Urt. vom 25.4.1996 (NJW 1996, 2088 = WM 1996,1124) である。それによれば、本件では138条違反はみられない。他方、契約締結時に知られている状況によれば、保証人である配偶者に給付能力がないときには、債権者には財産移転予防の危険のみが契約の行為基礎である。けれども財産移転が最終的にもはや起き得ないとき、例えば離婚のときには原則的に、保証人は債権者に対して行為基礎の消滅を援用できるとされた。もっとも本件では行為基礎が消滅しているか判断され得ないとされた。

しかし、離婚に至っていない夫婦の場合には、このような判断はとられていない。参考判決〈h〉BGH Urt. vom 18.1.1996 (NJW 1996,1274 = LM § 765 BGB Nr.104 = WM 1996,519) は、配偶者保証が、保証人の加重負担だけにより無効になるかどうかを考えるに当たっては、当時の夫（主債務者）の給付能力についての予想を含めて、契約締結時に債権者の知っていた全ての事情を考慮に入れて判断すべきだと判示して、妻からの良俗違反の主張を退けた<sup>55)</sup>。この事件では妻は手取り2,000DMの収入を得ている。妻は憲法異議をBVerfGに申し立てたが、受け入れられなかった（参考判決〈j〉BVerfG Beschl. vom 2.5.1996 (NJW 1996,2021 = WM 1996,948)）。根拠は、この問題については既に決定(d)により判断が下されていること、及び妻の行為自由は侵害されていなかったことである。わずかに参考判決〈k〉BGH Urt. vom 2.11.1995 (NJW 1996,513 = WM 1996,53) が円満な夫婦でも配偶者保証を無効にしている。貸金が支払われた後に銀行が保証を求めた事案である。

### 第3項 BGH民事第11部との分離

民事第11部は、判決(g)以下及び〈f〉以下に代表される民事第9部の判例の変化をどのように受けとめているか。残念ながらここでも第3章と同様に、夫婦に関する事例に対する判断しか目にすることができなかった。参考判決〈l〉BGH Urt. vom. 26.4.1994 (NJW 1994, 1726 = WM 1994,1022 = ZIP 1994,773)は、民事第9部が自らの従来の判例を継承しつつ決定(d)に基づいた修正を加えたのを非難し、以下のように判示して、夫が乗用車を購入するにあたって財産もなく収入もない妻が51,590DMの連帯債務を引き受けた行為を良俗違反に基づき無効と判示した。

この債務の額により妻は過重負担となった。債務と給付可能性との間を判断するにあたっては、妻の経済的事情のみが考慮される。しかも、この債務の引受は、経済的に合理的な意味を持つてはいなかった。なぜならば、この所がこの融資取引から得る利益は少なく、リスクの多い共同責任の引受を正当化しないからである。信用は、家財道具などではなく高価な車の購入に用いられた。原告にとって、給付不能な妻が債務を重疊的に引き受ける正当な利益は成立していない。なぜならば、それによる完済の見込みは、せいぜい遠い将来にあやふやな程度に強まったに過ぎないからである…。非常に負担が重く、利益調整としては明らかに不適切な重疊的債務引受は、構造的に不平等な交渉力の結果である。構造的に妨げられている交渉力の対等は、信用受領者が信用取引だけを締結し、しかし銀行は信用供与の条件として、近い親戚や配偶者か経済的に彼に依存している第三者の連帯債務を要求したときには、しばしば存在する。経験の欠如や信用供与者の



リスクを軽く見せかける説明により、家族が、連帯債務の内容、射程距離及びリスクを充分には認識しなかったり、精神的強制状態から、自力で弁済できるとはほとんど予想できないような債務を負うよう惑わされたりする危険は、このような事例では非常に頻繁に存在する。いずれにせよ、妻が連帯債務を負った時点では、比較的成年になってからの期間が短く、資格となる職業教育を受けず、実際の取引経験を積む機会もほとんどなかったときには、彼女は弱い交渉地位だけに基づいて過重負担となる債務を引受け、銀行は彼女の無力につけ込んだと推定することが正当である。

このように、民事第11部は夫婦についても、交渉力の不平等に着目し、子の保証と同様な基準で信義則違反の成立を判定する<sup>56)</sup>。少なくとも夫婦については、民事第11部の意見は民事第9部と食い違ったままであるというPapeの評価が正当であろう<sup>57)</sup>。

## 第8章 親子関係と保証契約への誘導

これらの事例では、学生あるいは就職して間もない成年者が保証人になっている。ドイツでは教育を受ける際の負担は日本に比べて格段に軽いのであるが、それでも、成年となる18歳で独立生活を始めるのが当たり前と言われるドイツでは、自分の収入を自由に行っている同世代に比べれば、銀行から保証の示唆があったと親から聞かされたとき感じる心理的圧力は重いと推測される。このような若者が親と同居していれば、精神的圧迫は更に強まるであろう。既に判決(a)へのコメントで、親と同居している若者がこのような保証債務を負うのを拒む難しさが指摘されている<sup>58)</sup>。これはドイツ特有の国情というわけではなく、日本の若者にも十分当てはまる。

判決(g)(h)で保証契約の有効性の考察に持ち出されてきた1618a条であるが、この規定は、1979年に親権法の大改革がなされ、親権という言葉がBGBから消え「親の配慮」に置き換わると同時に、BGBに導入された。立法者によれば、家族自治の強化と、機関としての家族への危機の防止という目的を持った規定である<sup>59)</sup>。子と両親の援助顧慮義務は、親子関係が消滅するまで一生消えることはない。

1618a条は解釈基準であると共に、法的サンクションは伴わないものの法的義務を親と子に課すものとされる。この規定は夫婦の相互協力義務(1353条)とよく比較されるが、相互という言葉の意味が若干異なる。このような相互性は、「家族全体の、新しい意識の現れである」とされる<sup>60)</sup>。この言葉は、この規定が親の配慮法と同時に導入されたことを念頭に置いて理解する必要がある。立法者が「相互性を根拠として、請求と履行は必要性和能力に応じてなされる」<sup>61)</sup>と述べていることからそれが伺える。Soergel-Strätzによれば、1618a条が1353条同様解釈指針となっていたり法の欠缺を埋めるのに使われるときにこの両条を比較するのは正しいが、両親と子の関係は夫婦の対等な関係とはかなり異なって規律されている。何よりもこの規定は、子が独立まで成長することを目的としているために、1353条とは全く異なる<sup>62)</sup>。子は育つにつれて、より大きい顧慮義務を負うようになる<sup>63)</sup>。そして、例えば成長した子にとって、古い家庭の親に対する義務よりも、配偶者への配慮や<sup>64)</sup>自分の子に対する義務<sup>65)</sup>の方が優先する。

子を自分の重大な信用債務に巻き込む行為も、この親子観から理解すると、特にSträtzのような見解をとるならば、確かに1618a条違反といえよう。「少なくとも過失により」子への親の影響が考慮されていないときには、銀行は信用受領者が1618a条に違反していると認めるべきであると解されている<sup>66)</sup>。特に年若い、経済的に親に依存している子にとって、親の保証負担への願いを拒むのが難しい以上、「自分の希望を遠慮すること」<sup>67)</sup>が親に課される義務となる。

「親の債務に子を巻き込むことは道徳的に問題であり、心理的な強制状態を生じさせる」と判示するだけで、138条適用には足りたかもしれない。しかし、このような行為は道徳的に問題だけでなく法的違反でもあると宣言すること自体が、判決(g)(h)が1618a条を持ち出した理由なのではないであろうか。つまり、法の目指さない親子像を宣言すること自体が目的なのではないかと推測する。

他方、決定(d)では妻の連帯責任に対する良俗性を否定しているが、ここでは親子間と違い夫からの妻への圧力や判断自由の侵害が全く問題にされていない。対等であることが難しいからこそ1618a条により親子の相互義務の中でも親の義務が強調され、そこから親が子を巻き込むことが禁止される。他方、生活共同体の中では対等であるべき夫婦間では、私的自由が基本的に確保されていることを前提とするのは、親子間でほど不自然ではないわけである<sup>68)</sup>。

日本には、これによく似た規定として親族間の互助義務がある(730条)。この条文をめぐっては、戦後の民法改正で激しく議論が戦わされた<sup>69)</sup>。「家制度」の家を廃止しつつも、倫理的な家を、つまり倫理的な意味で、同居の親族集団ならびに親子の協力扶助を基調とする家族集団に適合する規定を残すために、この規定を導入しようとする論者に対して、戦前の家制度には倫理が持ち込まれ家を強固にするために利用されていたという記憶を強く持つ者は、この規定の廃止を主張したのである。そして、両者の妥協点として、730条は法律的効力は持たず道徳的な意味を持つ、ということが、立法者によって発言され、また現在の学説の大勢によっても支持されている。

ドイツの1618a条は親子の部分だけを観念的に取り出せば日本の730条とよく似ているが、基本原理の内容をいかなるものにするかにより、すなわち理想とする親子像(保証に関しては理想とは言えない親子像)をいかなるものにするかより、相互の協力扶助義務が宣言としての機能以上の機能を果たしうる一つの例と言える。そして、その法規定の根底にあるほう理念はもちろん「子のための親子法」である。

## 第9章 結びに代えて

結局、子による親の債務の保証は、一定の条件がそろったときに、138条2項によく似た形で判断されるに至った。しかも最後には138条違反が成立するためには1618a条違反は必要ないと判示された(判決(i))。138条による無効は、統一的解決を可能にするものではないとされるが<sup>70)</sup>、それでもこのような138条2項の変形に成功したことは、総合的判断が旨とされる良俗違反というものの、全くのフリーハンドよりはるかに法的予測を容易にするものと推測される。

これだけの変遷を遂げてきた保証法ではあるが、多くの訴訟でBGHの新判例は未だ顧慮されていないという評価も1997年前半の時点でなされている<sup>71)</sup>。また、懸案であった新倒産法が1994年10月に成立し1999年1月から施行されることは、債務者の生活の保護に資するであろう。1618a条にも関わらず、この新倒産法のもとで近時の判例は更に変わっていく可能性もある。これからの動向を見守りたい。

日本には家族間の財産隠しを無にできる制度として、債権者取消権がある(民法424条以下)。家族の情に依存する形で無資産者の保証契約という担保を求めるとすれば、請求されれば保証人の負担は一生のしかかる可能性がある。確かに債務者にとって優先的に返済する動機となり、債権者には有利かもしれないが、果たしてこれが適正な担保と言い得るのかという再検討の余地は、日本にもあるであろう。

- 1) Staudinger-Sack 13.Aufl, 1996, § 138 Rdnr.314.
- 2) Frey, WM 1996,1612; Pape, NJW 1997,981.
- 3) BGBの条文の訳出にあたっては、独逸民法Ⅰ民法総則、同Ⅱ債務法(共に柚木馨 有斐閣)及びドイツ債権法総論(椿寿夫他編 日本評論社)、注釈ドイツ不当利得・不当行為法(椿寿夫他編 三省堂)を参照した。ただし独逸民法から比べると多くの条文は改正されている。
- 4) 夫婦の保証についてBGHが良俗違反を否定した例としては、〈a〉BGH Urt. vom 7.6.1988(NJW 1988,2599 = WM 1988,1156—実際には保証人の妻に加えて保証人の母も保証人となっている)が挙げられる。
- 5) BGH Urt. vom 25.3.1966 (NJW 1966,1451); BGH Urt. vom 10.3.1982 (NJW 1982,1457).
- 6) Haun, Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit, 1995, S.8.
- 7) 参考判決〈b〉BGH Urt. vom 16.3.1989 (NJW 1989,1665 = BB 1989,801 = ZIP 1989,487). ただし, Derleder, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, S.125は、民事第3部の方が§138条に重きを置く傾向があると評価している。
- 8) 取消法とは、正式名称を「破産手続外で債務者の法律行為を取り消すことに関する法律」と言い、債務者の財産への強制執行を行っても債務者が完全に満足を得られないかまたは得られないと推定される限りで、債権の弁済のために、執行可能な債務名義を持つ債権者がこの債権の履行期到来後に債務者の一定の法律行為を取り消せるという法律である。本法の手続は1999年以降は破産手続に吸収される。
- 9) BGB826条 善良な風俗に反する方法で他人に故意に損害を与えた者は、その者に対して損害賠償の責に任ず。
- 10) 夫婦に関しては民事第9部の参考判決〈d〉BGH Urt. vom 16.1.1992(NJW 1992,896 = WM 1992,387)が以下のように述べている。判例と判決〈c〉について、本部は判決(b)で既に詳細に検討し、保証契約の良俗違反性についての判例原則はそれにより強化された。裁判官は憲法上法律と法へ拘束されるが、この拘束は、チャンスが実現せず信用を請求され、配慮が一家族の連帯に基づく義務が生じているときにはなおさら一個人的な不幸となって現れたとき個々の事例を、自己責任として引き受けられた責任から解放することを禁じる。  
この判決では判決(b)と比較すると口調が厳しいように感じられる。実はこの判決〈d〉では、主債務者は夫が出資している合資会社であるが、保証人である妻もその関連会社に投資しているため、この論文に引用するのにあまり適切ではない事例である。
- 11) Pfeiffer, LM § 138 [Bc] BGB Nr. 75.
- 12) Haun. a.a.O., S.9.
- 13) Knütel, ZIP 1991,494. 彼は判決〈c〉に激しい反対意見を述べる。
- 14) Eckert, WM 1990,90. 同旨, Medicus, ZIP 1989,821.
- 15) Medicus, ZIP 1989, 820ff. その前提として, Medicus, ZIP 1989, 818やEckert, a.a.O., 90は、反対給付の有無により消費貸借を扱う判決〈b〉と保証の(a)とは大きく異なると指摘する。
- 16) Medicus, ZIP 1989, 817. その他の賛成意見として Rehbein, JR 1989,468やEckert, a.a.O., 90ff.
- 17) Haun, a.a.O., S.12, S.49ff. 彼はこの場合の「他の状況」となる可能性として以下の5点を指摘する。④以前から保証債務が請求されることが予想されていた場合 ⑤保証人個人の「特別な状況」 ⑥保証人が直接融資金から利益を受けないこと ⑦財産のない者が保証することに対して、銀行に保護に値する利益がないこと ⑧保証人への不適切な圧力の行使。
- 18) Derleder, a.a.O., S.121; Grün, NJW 1991,925; Honsell, JZ 1989,495; Reifner, ZIP 1990,427; Tiedtke, ZIP 1990,413
- 19) Westermann, Festschrift für Hermann Lange, 1992, S. 1007.
- 20) Westermann, a.a.O., S.1014. 免訴特約という解釈に反対, Frey, a.a.O., 1612; Staudinger-Sack, § 138 Rdnr.326.
- 21) Bender, EWiR § 765 BGB 1/89,240. 彼はまた、当時議論されている破産法の改正が1986年当時既に成立していれば、Yらは全く支払をしなくて済むはずであったことも指摘する。
- 22) Wochner, BB 1989,1354; Reinicke/Tiedtke ZIP 1989,614.
- 23) Wochner a.a.O., 1355.
- 24) Honsell, JZ 1989, 496.

- 25) Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 615.
- 26) Wochner, a.a.O., 1355ff.
- 27) Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 616.
- 28) Derleder, a.a.O., S.129. 同旨, Honsell, JZ 1989, 496.
- 29) Derleder, a.a.O., S.135
- 30) Derleder, a.a.O., S.138.
- 31) Derleder, a.a.O., S.137.
- 32) ドイツ基本法の訳出に当たっては, 世界憲法集(宮沢俊義編 岩波書店)を参考にした。
- 33) BGH による民事判決が基本権を侵害したことを理由に, 憲法異議がなされた例として, 他に BVerfG Beschl. vom 7.2.1990(NJW 1990, 1469)がある(代理店の競争禁止について)。
- 34) Haun, a.a.O., S.13ff..
- 35) Frey, a.a.O., 1614. 同旨, Rehbein, JR 1995,50.
- 36) Frey, a.a.O., 1614ff.. ただし彼自身は, 次章で紹介する BGH の基準には組みせず, 判断自由, 社会福祉国家, 意思保護, 信頼保護の4点から判断すべきと主張している。
- 37) Haun, a.a.O., S.22.
- 38) Honsell, EWiR § 765 BGB 7/96,1121.
- 39) Schmid-Salzer, LM § 765 BGB. Nr.91.
- 40) Haun, a.a.O., S.67ff.
- 41) Schmid-Salzer, a.a.O., 同旨, Frey, a.a.O., 1612.
- 42) Frey はここから, このように憲法裁判所の決定がBGHにおいてさえメルクマールのように扱われることに反対したことは, 第5章で述べた通りである。
- 43) 例として Staudinger-Sack, § 138 Rdnr.329.
- 44) Schmid-Salzer, a.a.O..
- 45) Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7.Aufl., 1997, Rdnr. 706e. ただし彼は従業員の説明の問題から決定〈d〉の結論を支持する。
- 46) Nichtannahmebeschluß vom 8.2.1996 Ganter, WM 1996,1711.
- 47) Ganter, a.a.O., 1711ff.
- 48) Frey, a.a.O., 1613. 彼は銀行を擁護する立場から, 子と新たに保証契約をする際には特約を活用することを提案している。
- 49) Honsell, EWiR § 765 BGB 7/96, 1121.
- 50) Pape, a.a.O., 980.
- 51) Bülow, LM § 765 BGB Nr.110.
- 52) Schmid-Salzer, a.a.O..
- 53) 参考判決〈f〉は以下のような事件である。

夫は営業業の経営パートナーでありその営業拡張のための資金であった。妻は当時34歳であり, 財産も職業教育も受けておらず, 主婦として10歳を頭とする3人の子を育てていたにもかかわらず, この営業の所有者二人と銀行との間に生じる取引関係から生じる債務を280,000DMまで担保する根保証をした。後離婚。原告は保証は良俗違反で無効であると確認請求。第一審, 原審とも請求棄却。上告認容。

妻が, 契約締結の時及び予想としても将来, 経済的に, 引き受けられた債務を履行できる状態にないとしても, それだけの理由で保証が良俗違反とはならない。

原審の事実関係を基礎とすれば, 本件保証契約は良俗違反と推定することはできない。経済的給付可能性と債務範囲とのアンバランスは明らかであったが, 銀行が, 夫が妻の決心へ良俗違反の働きかけをすると予想していたとは認められない。また, 確かにこのような銀行に起因する事情がなくとも, 債務と給付可能性との間に顕著な食い違いがあり, 取引未経験から保証がなされたときにはその保証は無効となりうるが, 夫婦が問題になっている本件では, つまり婚姻

及び婚姻類似の生活共同体が問題となっているときには、財産移転を予防するという銀行の利益の方が優先される。

54) Honsell, EWiR § 765 BGB 7/96, 1121.

55) 夫婦の場合には、一方配偶者が融資を受ける際に必ず他方配偶者が保証をしなければならないとされていることもあろう。ドイツ判例上の典型例は、銀行が融資を行うが国が助成を行う、公的な資金助成(いわゆる設立消費貸借または自己資本補助融資)のときである。ドイツ連邦調整銀行(Bundeseigene Deutsche Ausgleichsbank)は設立支援プログラムに沿った融資を行う際に配偶者保証を求めるのであるが、⑦の判示とは逆に、どの銀行も通常は、保証人が財産または収入を持っているかどうか調査しないとされている(Berkemann, JR 1994,177; Frey, a.a.O., 1612.)。参考判決〈i〉BGH Urt. vom 5.11.1996(NJW 1997,257)は、この場合の配偶者保証も、信義則違反か否かは他の事例と同様に138条1項に即して判断し、約款法違反と並んで、原判決が保証について従来BGHとBVerfGが展開してきた法理論を排斥したという理由で、原判決を取り消し従来の判例と同様に判断するよう差し戻した。特に、具体的には財産移転の虞がないのに保証を求めたこと、夫婦であることから生じる間接的利益からすぐに138条の適用を排斥した点が差し戻しの根拠となった。

56) 自己資本補助融資についても同様である。参考判決〈m〉BGH Urt. vom 11.3.1997(NJW 1997,1773)。

57) Pape, a.a.O., 980.

58) Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 616. しかも、ドイツでは一般的に、若者が親との同居から独立する時期は、少しずつ遅くなっていると言われている。

59) BT-Drucks 8/2788 S.43.

60) Münchener-Hinz, 3.Aufl., 1992, § 1618a Rdnr.9.

61) BT-Drucks 8/2788 S.36.

62) Soergel-Strätz, 12.Aufl., 1987, § 1618a Rdnr.3.

63) BT-Drucks 8/2788 S.43.

64) Münchener-Hintz, Rdnr.10

65) Soergel-Strätz, Rdnr.3.

66) Schmid-Salzer, a.a.O..

67) Münchener-Hinz, Rdnr.8.

68) Ganter, a.a.O. 1712; Bülow, a.a.O..

69) 本条の成立経過については、旧版注釈民法(20)〔青山道夫編 有斐閣〕〔青山道夫・浦本寛雄〕及び新版注釈民法(21)〔青山道夫編 有斐閣〕〔同〕、戦後における民法改正の経過(我妻栄編 日本評論社)を参照した。

70) Staudinger-Sack, § 138 Rdnr.329.

71) Pape, a.a.O., 980.